This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

ITALY

Digitized by Google

VE RI TAS

HARVARD LAW
LIBRA

Digitized by Google

TRATTATO TEORICO-PRATICO

SULLE

RVITÙ PREDIALI

I.

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO TEORICO-PRATICO

SULLE

SERVITÙ PREDIALI

I.

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO TEORICO-PRATICO

SULLE

SERVITÙ PREDIALI

PER L'AVVOCATO

ALESSANDRO SACCHI

VOLUME PRIMO

PARTE GENERALE

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
MILANO — ROMA — NAPOLI
1902

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Digitized by Google

DELLE SERVITÙ PREDIALI

PARTE GENERALE

Bibliografia sulle servitù in generale.

ASTRUC. — *Trattato sulle servitù reali, riveduto dal Solon;* Parigi, 1843, Larose.

BARBO. — *Die Theorie der Servituten des französischen Rechts;* Karlsruhe, 1855, Neumann.

BERTOLINI. — *Servitù legali, in ispecie quelle di fabbricare a distanza legale dal muro altrui* (*Legge*, III, 1876, pag. 146).

BIANCHI. — *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano;* Roma, 1893, Bocca.

Id. — *Volgarizzamento delle servitù prediali, coll'aggiunta delle azioni possessorie per le servitù;* Roma, 1886, Bocca.

BIONDI. — *La giurisprudenza delle servitù prediali;* Torino, 1847.

BRANCA. — *Dissertatio de adminiculis servitutum.*

BRILLON. — *Voce* Servitude urbaine.

BRUGI. — *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali,* nell'*Archivio giuridico;* studio 1°, vol. 25; studio 2°, vol. 27; studio 3°, vol. 29; studio 4°, vol. 33; studio 5°, vol. 34; studio 6°, vol. 39.

Id. — *Le servitù prediali secondo l'antico diritto romano* (*Gravina: Rivista giuridica calabrese*, II, fasc. 3-4).

Id. — *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto;* Drucker, Verona-Padova, 1897.

BÜCHEL. — *Civilrechtliche Erörterungen*, I, 3, p. 10-12 (*Sulla esatta determinazione del concetto di servitù*), confutato dal PÜCHTA, *Museo renano*, I, 1827, pag. 286.

BUFALINI. — *Le leggi del fabbricare; codice dei costruttori, dei periti e degli ingegneri industriali;* Milano, Hoepli, 1891-95 (compresi due volumi intitolati: *La pratica delle servitù prediali*, 1895), in ispecie vol. 4, 5, 6.

CAEPOLLA. — *De servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum;* Coloniae, 1666 et 1759.

CARABELLI. — *Annotazioni pratiche alle servitù prediali secondo il cod. civ. it. con riferimento alle leggi che vi hanno attinenza;* Milano, 1881, tip. Pirola.

626968

Digitized by Google

CASTELLI. — *Le servitù prediali secondo il cod. civ. generale austriaco;* Milano, 1830.

Id. — *Questioni diverse sulle servitù prediali;* Milano, 1826.

CESELLI. — *Quesiti sulle servitù prediali;* Roma, tip. S. Michele, 1884.

CHIRONI. — *Intorno alle servitù: questioni e ricerche in diritto romano. Saggio per aggregazione alla facoltà legale in Cagliari;* Cagliari, 1880, tip. dell'*Avvenire di Sardegna.*

Id. — *Questioni di diritto civile; studi critici di giurisprudenza civile italiana* (I, *Possesso, proprietà, servitù*); Torino, Bocca, 1890.

DALLOZ. — *Répertoire,* voce *Servitudes.*

DANDINI. — *Interpretationes de servitutibus praediorum;* Veronae, 1741.

DANKELMANN. — *Ueber die Grenzen des Servitutenrechts und Eigenthumsrechts bei Waldgrundgerechtigkeiten;* Berlino, 1884, nella *Rivista centrale per la giurisprudenza,* IV, p. 18, e nella *Rivista critica trimestrale,* XXVII, p. 157.

D'AVEZAN. — *Servitutum liber* in « *Meermann Thesaurus* », IV, p. 119 e seg.

DE AUGUSTINIS. — *Trattato delle servitù;* Napoli.

DE CRESCENZIO E MIANTILLO. — *Delle servitù;* Napoli, 1886-87.

DE GIOANNIS. — *Servitù prediali;* Torino, 1850.

DELACHENAL. — *Les servitudes chez les romains, en France et dans les États Sardes;* Chambéry, 1884.

DE-LUCA. — *De servitutibus* (nel *Theatrum veritatis et justitiae*); typ. hered. Corbelletti, 1669, tom. IV, p. I.

DEMOLOMBE. — *Traité des servitudes ou services fonciers;* Parigi, 1859.

DESTRAIS. — *De la propriété et des servitudes en droit romain;* Paris, 1885.

DUROI. — In *Archiv für civilistische Praxis,* VI, p. 278 e seg. (*Sulla esatta determinazione del concetto di servitù*).

ELVERS. — *Die römische Servitutenlehre;* Marburg, 1854 e 1856 (e su di esso KUNTZE, *Riv. crit.* di Heidelberg, II, p. 227-268, e ARNDTS, *Prospetto critico,* II, p. 161-165).

FADDA. — *Le servitù prediali sopra ed a favore di fondi « nullius »,* nel volume pel 35° anno d'insegnamento di Filippo Serafini; Firenze, Barbèra, 1892, pag. 65 e seg.

Id. — *Ancora le servitù sopra ed a favore di fondi « nullius »* (*Filangieri,* 1896, 802).

FORCATULO. — *Explicatio de servitutibus;* Parisiis, 1576.

FOSCHINI. — *Le servitù per diritto romano e pel codice civile italiano* (*Monitore Pretori,* 1881, I, 161).

FRANCILLO. — *Commentario sulle servitù prediali del codice civile italiano;* Napoli, tip. Giannini, 1884.

GALFO-RUTA A. — *Le limitazioni legali del dominio* (*Antologia giuridica,* 1887, 194).

GAVINI DE CAMPILE. — *Traité des servitudes;* Paris, 1853-70.

GERHARD. — *Dissertatio de servitutibus in faciendo consistentibus;* Jenae, 1710.

Digitized by Google

GERHARD. — *Ueber den Unterschied zwischen Servituten*, ecc.; Leipzig, 1807-8.

GERMANO. — *Trattato delle servitù;* Napoli, Jovene, 1894 e 1896.

GESTERDING. — *Nachforschungen;* vol. VI, p. 19-37.

GHERARDESCA. — *L'architettura legale, con appendice sul modo di dividere le isole, ecc.;* Firenze, 1838.

HEIMBACH. — *Rechtslexicon* del *Weiscke;* vol. X, p. 155-349.

HOFFMANN. — *Die Lehre von den Servituten nach röm. Rechte;* 2 volumi, 1838 e 1843.

JANUS A COSTA. — *Ad tit. I, lib. 8, Dig. de servit.*, con note di WOORDA (in *Praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta juris civilis*); Lugduni Batavarum, 1773, ed anche nel vol. I° del *Thesaurus* del MEERMANN.

JOUSSELIN. — *Servitù d'utilità pubblica.*

LALAURE et PAILLET. — *Traité des servitudes réelles;* Paris, 2e éd., 1828, Paillet.

LEPAGE. — *Lois des bâtiments, ou le nouveau Desgodet, contenant la théorie et la pratique;* Bruxelles, 1836, e trad. italiana Napoli, 1855.

LESENNE. — *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes);* Paris, 1858.

LOMONACO. — *I temperamenti della proprietà prediale;* Napoli, 1882.

LUDEN. — *Die Lehre von den Servituten;* 1837.

LUSIGNANI. — *Origini della servitù in diritto romano* (*Studi e documenti di storia e diritto*, anno XIX, 1898, Roma).

MACHELARD. — *Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français, en ce qui concerne les servitudes prédiales;* Paris, 1868.

MALPICA. — *Cenno sulle servitù prediali giusta il nuovo codice d'Italia;* Salerno, 1872.

MERILLIO. — *Ad tit. Dig. de servit. comment.* (in *Ottonis Thesaurus*, III, p. 634 e seg).

MERLIN. — *Répertoire*, voci *Eaux pluviales*, *Servitudes*, *Vue*, ecc.

MOLITOR. — *La possession, la revindication, la publicienne et les servitudes en droit romain;* Paris, 1874.

Id. — *Le servitù in diritto romano, col confronto tra la legislazione romana e la francese;* versione dell'avv. BASSONE, Napoli, 1856.

MORRA. — *Le servitù prediali esposte secondo le leggi civili;* Napoli, 1862.

MUNTHER. — *Von den Servituten nach dem Sinne der röm. und napoleonischen Gesetzgebung;* Hannover, 1806.

OFNER. — *Der Servitutenbegriff nach dem römischen und österreichischen Recht;* Wiener, 1884 (V. su di esso PERNICE junior, in *Riv. della fond. Savigny*, V, p. 279 e seg., e BAHR, in *Riv. crit. trim.*, XXVII, p. 151).

ORDLOFF. — *De servitutum indole et principiis communibus;* 1884.

PACIFICI-MAZZONI. — *Delle servitù prediali;* Firenze, Cammelli, 1887 (vol. 3° del *Comment.*); e *Delle legali*, 1892 (vol. 2° del *Comment.*).

Digitized by Google

PAOLI. — *Nozioni elementari di diritto civile; dell'istituto giuridico delle servitù* (*Giornale delle Leggi*, 1882, 145).

PARDESSUS. — *Traité des servitudes foncières;* Bruxelles, 8ª ed., 1838.

PRAGEMANN. — *Commentatio de genuina notione servitutis praediorum urbanorum;* Jenae, 1717; 2ª ediz., 1759.

PECCHI. — *Tractatus de servitutibus in genere* (e su di esso MARIANI MARIANO: *Francesco Maria Pecchi, discorso per la solenne inaugurazione dell'anno accademico 1898-99 nell'Università di Pisa*).

PICCOLI. — *Le servitù prediali sanzionate dal codice napoleone, ecc.;* Brescia, 1808, Pisa, 1831.

Id. — *Le servitù prediali ridotte in casi pratici;* nuova edizione riformata coll'applicazione del codice universale austriaco, ecc.

RAMOS DEL MANZANO. — *Comment. ad tit. Dig. de servitutibus*, in *Thesaurus Meermann;* VII, p. 43 e seg.

RUGGIERI. — *Servitù delle cose in diritto romano*, in *Studi e documenti di storia e diritto;* anno IV, 1883, p. 25.

SALON. — *Traité des servitudes.*

SANGER. — *Du louage et des servitudes dans leurs rapports avec les usages locaux;* Paris, 1860.

SCHERZ. — *De servitutibus praediorum rusticorum;* Argentor., 1736.

SCHEURL. — *Zur Lehre von den Servituten*, in *Zeitschrift f. gesch. Rechtsw.;* XII, p. 237 e seg.

SCHIRMER. — *Einzelnes zur Lehre von den Gebäudeservituten*, in *Zeitschrift für die R. G.;* XII, 1876.

SCHOENEMANN. — *Die Servituten;* Leipzig, 1866.

SCHRADER. — *Come si giunse ai molti notevoli principî relativi alle servitù reali*, in *Civ. Abhandl.;* Weimar, 1816.

SCIALOIA. — *Questioni di proprietà e di servitù;* Milano, Civelli, 1881.

Id. — *Lezioni di diritto romano;* anno 1888-89.

SOLON. — *Traité des servitudes;* Paris, 1852.

STEVER. — *De servitutibus praediorum;* 1817, Rost.

SUPERIORE. — *Commentarium de servitutibus.*

THIBAUT. — *Versuche;* vol. 1º, sez. 2ª.

VANIER. — *Quest. notables sur les servitudes, etc.;* Paris, 1871.

VOIGT. — *Servituten und Servitutenklagen;* 1874.

Id. — *Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik* (nei *Rendiconti dell'Accademia di Lipsia*, 1874, pag. 226).

Id. — *Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und der Servitutenklage;* 1874.

WAHL. — *Dissertatio de servitutibus;* Roettingen, 1748.

WESTPHALL. — *Interpretationes iuris civilis de libertate et servitutibus praediorum artis ordine digestae;* Lipsiae, 1773.

ZACHARIAE. — *Wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des römischen Rechts von den dinglichen Servituten* (*Magazin*, Berlin, 1827, vol. II, pag. 320-349).

Digitized by Google

LIBRO PRIMO

ESSENZA

Quale idea siansi formati i varî popoli, rappresentanti le varie civiltà del mondo, dalle più alle meno atte alla concezione dell'idea giuridica, intorno all'essenza delle servitù, non è agevole argomentare con una certa precisione neppure per i popoli dediti all'agricoltura. Certamente, dovunque l'aratro avrà tracciato il suo solco e dovunque il badile del bifolco avrà smosso la crosta della terra per apprestare l'*humus* adatto a una determinata coltura, ivi senza dubbio si saranno creati o se non altro acutizzati e resi visibili certi determinati rapporti da fondo a fondo e le alterazioni di questi rapporti. La tendenza naturalmente doveva essere a riconoscere tali rapporti e le modificazioni di essi come esplicazione del concetto di vicinanza, anzi di buona vicinanza, piuttostochè come il prodotto di un'idea giuridica discendente dal concetto di proprietà e formante con questo unione perfetta. I popoli latini, dediti com'erano all'agricoltura e avendo per l'agricoltura un culto speciale con divinità e sacrificî, non potevano naturalmente non dare sviluppo ai rapporti di buona vicinanza tra fondo e fondo, accorgendosi quanto tali rapporti conferiscano all'ottimo svolgimento dell'agricoltura, per evitare le devastazioni, gli atti emulativi, le stesse quasi invisibili contrarietà alla formazione d'uno strato superficiale atto ad una determinata coltura.

Nei popoli moderni, presso i quali l'agricoltura, se non è passata in seconda linea di fronte alle industrie, per lo meno non ha su di esse precedenza alcuna, la bisogna cambia;

Digitized by Google

perciocchè allora sopravviene lo Stato, nei suoi varî organi anche locali, già abituato a dettare regolamenti edilizi, e si pone il compito di sostituirsi all'attività privata fissando esso e regolando con leggi anche i rapporti agricoli tra fondi. Il che quanto racchiuda di bene in sè e quanto possa d'altra parte condurre ad una falsa concezione dell'ingerenza statuale, si vedrà meglio a tempo e luogo. Certamente, se le leggi pretendono di creare questi rapporti di servitù come Minerva uscì armata dal cervello di Giove, senza unificarne il concetto con quello della proprietà, dovrà dirsi che l'opera della legge anche se porta dei savi provvedimenti, è errata nella radice, nei principî, nella concezione dell'istituto giuridico della servitù. Unico intervento della legge può essere giustificato dalla opportunità di riconoscere, di agevolare, di sanzionare i rapporti e le condizioni naturali. Questo di regola: solo in via di eccezione è ammesso il regolamento edilizio (e meno ancora il regolamento rurale), allorchè si tratti di entrare nel campo del pubblico interesse, esorbitando dai meri rapporti della vita privata, dov'è solo questione di mio e di tuo.

Che l'essenza della servitù stia in una apparente modificazione del diritto di proprietà su questa o quella cosa, mentre effettivamente è un contemperamento dei varî diritti di proprietà sulle varie cose, è riflesso che apparisce già di per sè evidente. Senza un cosiffatto contemperamento si renderebbe impossibile la vita sociale, ch'è appunto l'esplicazione pratica della possibilità di coesistenza di più subbiettività giuridiche in atto. S'intende tuttavia trattarsi sempre di conseguenza alla quale giungiamo per un lavoro riflesso della nostra mente; perchè non sempre nè per necessità un fatto esterno che apparisce isolato a tutta prima, accenna alla necessità di una spiegazione diversa da quella che risulta per la materialità dell'oggetto stesso e della sua conformazione visibile. Si vede, p. e., che un fabbricato immette una sua trave in un altro fabbricato; e si comprende senz'altro che ciò avviene non per caso ma per ragione di diritto. Però forse sembra che la ragione sia nell'edifizio che esercita la servitù d'appoggio, perchè cioè questo fondo abbia acquistato per convenzione la ragion dell'appoggio. Che il fondo soffe-

Digitized by Google

rente possa rifiutarsi a questo servigio, ovvero debba e quando necessariamente (salvo compenso) prestarsi ad un tale onere, non risulta a tutta prima nè senz'altro. Vi è un'intiera teoria e un intiero ordine di ricerche sul contemperamento delle proprietà in tutto un piano edilizio, che sola può dare spiegazione della cosa e può giustificare l'esistenza di un interesse generale così fortemente affermato, da imporre anche allo stesso diritto privato della proprietà una conformazione che altrimenti non avrebbe e dei limiti che senza di ciò non troverebbero ragione di esistere.

Or, se queste sono affermazioni e ricerche teoriche, nè presentano un valutabile interesse pratico, non è colpa di alcuno; noi siamo abituati a vedere dietro la cosa l'idea, e, se l'idea si asconde, cercarla pazientemente, amorosamente quasi. Ciò è precisamente nella nostra natura. Certamente, se non si vivesse in consociazione e ciascuno di noi avesse per sè e per la sua famiglia a disposizione una superficie illimitata di terreno e una quantità enorme di forze produttive e di materie prodotte, non si avrebbe allora ciò che dicesi il vero bene economico; in altri termini la ricchezza di cui è misura l'uomo, per avviso giustissimo di Aristotele (πασῶν χρηματῶν μέτρον ὁ ἄνθρωπος), non esisterebbe davvero. Se dunque noi abbiamo una proprietà, e questa proprietà per noi rappresenta un bene economico, è giuocoforza che i beni siano limitati a causa della consociazione; vale a dire che la nostra proprietà abbia un valore relativo alle proprietà altrui. Il qual valore relativo essendo il valore effettivo della cosa nostra, ne deriva per conseguenza che, siccome per noi la vita sociale costituisce come una seconda natura, noi ci abituiamo, anzi ci vediamo quasi obbligati a considerare la proprietà nostra come necessariamente e logicamente limitata dalle proprietà altrui, quasichè essa di per sè non avesse forza alcuna di espansione, o non avesse tanta forza di espansione da doversi considerare come oltrepassare le limitazioni volute dall'esercizio della servitù; della quale così noi abbiamo il giusto concetto terminando per incorporarla e quasi incardinarla al concetto di proprietà.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

STRUTTURA

La struttura d'un istituto giuridico è, come quella d'un edificio, il resultato della costruzione secondo il disegno dell'architetto; anche se l'architetto non si discuopre, anche se l'architetto è tutto un popolo con le sue tendenze, la sua forza d'assimilazione, lo stimolo dei suoi bisogni, le preoccupazioni del suo perfezionamento, l'opera sua si rivela tratto tratto attraverso la storia, senza interruzione, senza pentimenti. Ma come nella struttura dell'edifizio oltre all'architetto ha parte importantissima e sostanziale il costruttore, ossia colui che apparecchia e mette a posto il materiale della costruzione; allo stesso modo anche la dottrina e la giurisprudenza, in quanto è loro compito di elaborare il materiale storico dei costumi del popolo, hanno una parte veramente integrale nel resultato della costruzione stessa, vale a dire nella struttura dell'istituto giuridico al quale applicano il loro indispensabile concorso. Noi dunque in questo titolo ci ripromettiamo di dare una rappresentazione completa delle servitù prediali come ci si presentarono nel mondo romano e come ci si presentano nel mondo moderno, ricercando a quali bisogni questo istituto e come provveda, quali ne siano i fattori, quale il contenuto riguardo alle persone e alle cose, quali le funzioni.

La bibliografia di tutta la materia trattata in questo titolo è la seguente:

Bianchi F. — *La regola « servitus servitutis esse non potest » nel diritto civile italiano* (*Archivio giuridico*, XLI, 285).

Id. — *Diritti d'uso o servitù irregolari* (caccia su fondo altrui) (*Foro italiano*, 1889, I, 740).

Digitized by Google

BIANCHI F. — *Sulle servitù personali irregolari*, in nota alla Cassazione Firenze, 11-18 febbraio 1889, nel *Foro italiano*, volume XIV, col. 740-752.

Id. — *Trattato delle servitù legali;* Lanciano, 1888.

BRUGI BIAGIO. — *Spostamento del « locus qui servit »*; nel *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, II, 1889.

CARINI. — *Sulle servitù personali irregolari;* nella *Temi Veneta* del 1889, pag. 241.

COHNFELD. — *Die sog. irregul. Servituten*, 1862.

COVIELLO. — *Delle cosiddette servitù irregolari nel diritto civile italiano* (*Archivio giuridico*, 41).

CRELLII. — *Observationes de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda;* Vitembergae, 1750 (*Dissertat. et Programm. Crellianor.*, fasc. IX, n. 75).

DEINLIN. — *Dissertatio servitus in servitute s. dispositio l. 15, § ult., de usufr. iure civ. rom. explicata;* Altorfii, 1719.

DE VECCHI. — *L'articolo 574 cod. civ. it. ed il diritto di proprietà* (*Legge*, 1888, I, 754).

FERRINI. — *Sulla perpetua causa nelle servitù prediali romane*, del PEROZZI (recensione) (*Archivio giuridico*, 50, pag. 388).

GERMANO N. G., pretore — *La servitù è funzione e non modificazione della proprietà* (*Gazz. pretori*, 1886, 449).

Id. — *La servitù è un diritto irrevocabile* (*Gazz. pretori*, 1886, 529).

Id. — *Le servitù d'utilità pubblica possono esser legali e volontarie* (*Gazz. pretori*, 1886, 465).

Id. — *Definizione della servitù* (*Gazz. pretori*, 1887, 513).

Id. — *Le servitù non possono consistere nelle cose fuori commercio* (*Gazz. pretori*, 1887, 145).

Id. — *Le servitù debbono avere causa perpetua* (*Gazz. pret.*, 1887, 971).

Id. — *Nella costituzione delle servitù i fondi debbono sempre appartenere a diversi proprietari* (*Gazz. pretori*, 1887, 49).

Id. — *Il proprietario del fondo superiore non può fare alcuna cosa che renda più gravosa la servitù del fondo inferiore* (*Gazz. giuridica*, 1888, 433).

GOLDSCHMIDT. — *Intorno al principio « servitus in faciendo consistere nequit »* (*Archivio per la pratica civile*, I, pag. 386 e seg.).

GUYET. — *Sulla regola del dir. rom. « servitus in faciendo consistere nequit »*; nelle *Memorie di diritto civile* (*Abhandlungen*, I, pag. 12).

HESSE. — *Rechtsverhältnisse.*

JOHANKNECHT. — *Exploratio quaestionis an servitus in faciendo consistat;* 1807.

LOEHR. — *Servitutes regulares et irregulares;* nel *Magazzino per la giurisprudenza*, III, p. 495

PEROZZI. — *Sulle servitù irregolari* (*Filangieri*, 1887).

Id. — *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano;* Roma, tip. Forzani, 1888, in-8°.

Id. — *Sulla struttura delle servitù;* Macerata, 1888.

Digitized by Google

PEROZZI. — *Perpetua causa nelle servitù prediali romane* (*Riv. scienze giuridiche*, XIV, bibliografia).

PICINELLI. — *Sulla dottrina della perpetuità della causa nelle servitù prediali* (studio intorno alle ll. 28, Dig. 8, 2, *de servit. praed. urb.*, e 2, Dig. 8, 4, *comm. praed.; Arch. giuridico*, XXXIII, 372).

PRAMPOLINI. — *Sulle servitù irregolari* (*Annali* del 1891, p. 215).

RIVINI IO. FLOR. — *Meditationes de servitute necessaria;* Lipsiae, 1734.

SCIALOIA V. — *L'orazione di Demostene a Callicle*, tradotta ed illustrata in rapporto alla teoria delle servitù prediali nel diritto greco; Torino, Clausen, ediz. 1890, in-8°.

Id. — *Servitus servitutis esse non potest* (interpretazioni e note in *Studi senesi*, vol. 1, pag. 109, e *Bollett. ist. dir. rom.* VI, p. 1, 36).

Id. — *Recensione nella Riv. italiana per le scienze giuridiche*, vol. 5, pag. 38, su PEROZZI, *Servitù irregolari.*

SCOTTI. — *Che cosa debba intendersi per causa perpetua nelle servitù, e se il codice civile italiano permetta le servitù « ad tempus »*; in *Archivio giuridico*, XV, 162.

SERAFINI. — *Servitù irregolari* (saggio d'interpretazione della l. 14, § 3, Dig. *de alim. vel cib. leg.;* in *Archivio giuridico*, XVIII, 15, 26).

TARTUFARI L. — *Se l'obbligo assunto dal proprietario di una casa di non impiantarvi industrie o arti rumorose, per non recar danno o disturbo agli inquilini, dia vita ad una servitù personale o prediale. Sulla giuridica possibilità di costituire servitù personali non contemplate dal codice vigente* (*Foro*, 1891, I, 1076).

Id. — *Intorno alla regola « servitus in faciendo consistere nequit » con speciale riguardo al diritto italiano vigente;* Macerata, Tipografia Bianchini, 1897, in-8° (Bibliografia nell'*Archivio giuridico* nuova serie, vol. 1, fasc. 1).

TITIUS-GOTTL. GERH. — *De servitute faciendi;* Lipsiae, 1710.

VITALI. — *Evizione e garanzia per causa di servitù passiva;* Piacenza, tip. edit. Giacomo Favari, 1889, in-8°, pag. 109.

VOIGT. — *Ueber den Bestand und die hist. Entwick. der Servituten*; Leipzig, 1874 (*Berichte der philologhist. Classe der K. Sächs. Gesellsch.*, 1872).

WIESAND GE. STEPH. — *Programma « de servitute necessaria »*; Vitemb., 1784.

ZACHARIAE VON LIGENTHAL. — *Ueber die sog. irreg. Personalserv.;* in *Archiv. für. civ. Praxis*, 1844, vol. 27, pag. 1-56.

Digitized by Google

CAPO I.

Definizione.

1. Diritti delle comunicazioni e delle acque nella distribuzione del terreno pubblico in Roma (nota sul diritto orientale e greco). — 2. Tipi delle servitù degli edifici. — 3. La nozione qualitativa di Celso nel diritto romano e sue vicende. — 4. Astrazione del concetto di servitù come diritto reale. — 5. Ritorno al preteso concetto ulpianeo quantitativo. — 6. Distribuzione dell'uso fra proprietà e servitù. — 7. Prevalenza del diritto della proprietà su quello della servitù. — 8. Identificazione del diritto colla servitù ad esso relativa. — 9. Nozione desunta dalla natura del diritto di proprietà. — 10. Consuetudini e leggi scritte; gli uffizi prediali nella dottrina. — 11. Proposta di definizione per la costruzione dommatica. — 12. Distinzione della servitù dal possesso. — 13. E della servitù dalla comunione in genere, e dalla comunione del muro in ispecie. — 14. E della servitù dagli usi civici. — 15. Imbastardimento del concetto di servitù nell'epoca di mezzo. — 16. Giurisprudenza italiana.

1. La definizione di un istituto giuridico (e nella materia che trattiamo la definizione è importantissima, perchè, se fosse inesatta, guasterebbe tutta la teoria) non si deve ad una più o meno sforzata astrazione della nostra mente, ma prima di potersi fissare ha bisogno di ricerche eseguite su larga scala e condotte passo passo attraverso a tutti i dati sostanziali del suo sviluppo nelle varie epoche della storia sino a noi. Oltre a ciò conviene notare che il nostro concetto e quasi tutta la nostra teoria sulle servitù prediali è identica a quella dei romani nostri padri e che perciò noi anche per questo istituto possiamo adagiarci sulla continuità della tradizione da allora ad oggi, senza sbrigliarci a concezioni astruse e fantastiche.

Partendo prima d'ogni altra cosa dalle condizioni di fatto della Roma antica (1), dobbiamo esaminare come sorse e come

(1) Lo studio del diritto orientale è per noi un argomento di mera curiosità; tanto la civiltà latina era diversa dalle altre tutte e così profonda impronta di originalità ci è dato ad ogni passo riscontrarvi. Che i rapporti di vicinanza fossero disciplinati nella Giudea nella distribuzione del suolo a latifondo domestico secondo gli ordinamenti patriarcali e in quanto una tale distribuzione lo rendesse necessario, per certo non è a dubitarsi; quantunque le esigenze della pastorizia soverchiando quelle dell'agricoltura, almeno per un certo tempo, non rendessero, così come oggi l'intendiamo, necessaria la sistemazione d'una vera rete di servitù per l'utilizzazione dei fondi in ogni senso e in base allo sfruttamento

Digitized by Google

si sviluppò presso quel popolo il concetto di servitù prediale. In ogni società nell'atto di passare dallo stato nomade e selvaggio allo stabilimento permanente sopra un dato territorio,

---

di utilità sempre nuove. Nel Levitico si proibisce di rimuovere i termini della proprietà; nel libro di Rut lo spigolare sul fondo altrui è concesso unicamente a titolo di grazia; nel Neemia si parla del riordinamento delle decime fondiarie; in Ezechiele del territorio sacro e pubblico da ripartirsi tra il santuario, i leviti, la città e il principe. Vi si parla ancora della confinazione di tutto il territorio nazionale assegnato alle varie tribù d'Israele, non esclusi gli stranieri (diremo così) naturalizzati; toltine prima i territori come sopra destinati alla santa offerta e gli altri assegnati alla limitazione della stessa città santa. Nel Nuovo Testamento poi i Fatti degli Apostoli ci testimoniano la comunanza volontaria dei beni tra i cristiani primitivi, con la punizione di Anania e Safflra, frodatori di parte del prezzo: ma non si parla d'altro altrove, perchè i cristiani fatti oggetto alla persecuzione delle leggi, non potevano mantenere la proprietà immobiliare possieduta prima della loro conversione, e anzi vendevano tutti i loro immobili per metterne in comune il prezzo. Essi non concepivano altra servitù che la servitù comune verso Dio.

Ma da Roma alla Grecia, per quanto secondo noi ben poco proficuo, è quasi istintivo il ricorso: e, per fortuna, ci restano ancora dei documenti di diritto greco. Lo Scialoia (*L'orazione di Demostene contro Callicle* tradotta ed illustrata in rapporto alla teoria delle servitù prediali nel diritto greco; negli « Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino », vol. xxv, pag. 792 e seg.) afferma con ogni sicurezza l'esistenza delle servitù prediali nel diritto ellenico, dalla posizione giuridica seguente. Callicle aveva intentato una δίκη βλάβης ἀτιμητος (azione di danni) per un'ammenda di 1000 dramme contro il figlio di Tisia, a causa dell'acqua rovesciatasi sul suo fondo dalla strada frapposta tra i due fondi rispettivi e per la pretesa ostruzione di un fosso situato nel fondo dell'avversario e destinato a ricevere l'acqua piovana. Dunque è ammessa la possibilità di fossi di scarico, la cui apertura e naturalmente anche manutenzione costituisca un diritto reale tra vicini, come per lo meno regolamento convenzionale di servitù legale: poichè, essendo per la descrizione dello stato di fatto dei luoghi indubitabile che il fondo di Tisia fosse al disopra, il fondo di Callicle al disotto e in mezzo la strada, il fondo di Callicle avrebbe dovuto necessariamente sopportare lo scolo dal fondo di Tisia, se una convenzione speciale non fosse intervenuta tra i proprietari di quei due fondi per derogare ai rapporti naturali di scolo derivanti da ragioni di vicinanza secondo la natura dei luoghi. Quì il fatto dell'uomo si contrappone all'opera della natura; e però versiamo in tema di servitù vera e non di semplice limitazione al diritto di proprietà. Questa servitù chiamavasi di χαράδρα o di κειμάῤῥους (fossi,

Digitized by Google

l'appropriazione delle terre ai singoli certamente non può farsi in forma tumultuaria e senza una disciplina, un ordine; diguisachè ciascuno possa occupare e tenere per sè tanta

---

canali, scoli). E il fatto dell'ostruzione muraria del fosso non suona propriamente ἐπιπείχισμος, cioè non costituisce servitù, ma semplice esercizio della facoltà incontrastata di ogni proprietario nell'edificare un muro di cinta nel fondo proprio, finchè direttamente o indirettamente non vi si oppone qualche convenzione.

Lo Scialoia coglie l'occasione per dare una scorsa anche sugli altri rapporti di vicinanza tra fondi; in ordine ai quali egli dice prevalere tra gli scrittori del diritto greco l'opinione che non si possano chiamare servitù in senso proprio. Così nella iscrizione di Gortyna, pubblicata e commentata per la prima volta dal Comparetti e poi dal Dareste, egli non ravvisa delle vere e proprie servitù prediali, ma semplici regolamenti del corso e derivazione di acque pubbliche, in quanto ne sorgono limitazioni legali alla proprietà privata e servitù nell'interesse pubblico. A semplici usi civici poi si riferirebbero le epigrafi che riguardano il diritto di pascolo (ἐπινομία) sulle terre pubbliche, concesso anche agli stranieri per le tavole di πρόξενία. Limitazioni, per pubblica utilità o per volere del popolo, alla proprietà privata nell'interesse del diritto di acquedotto e di passaggio noi possiamo ravvisare nella iscrizione di Mylasa nella Caria, nell'iscrizione di Mitilene, nella grande iscrizione di Teno, in una iscrizione di Efeso: troviamo persino che gli arbitri incaricati della divisione delle terre debbono riservare il passo ai luoghi sacri, ai corsi d'acqua, alle abitazioni, ai sepolcri. Tutto il complesso poi dei regolamenti vicinali avrebbe rapporto colla teoria di Platone, modellata sulle leggi positive nel vietare atti emulativi tra vicini e nell'ingiungere anzi ai vicini di giovarsi reciprocamente nei limiti del possibile. Ma per non recar danno neppure indirettamente ai fondi vicini occorreva il *facere* o bastava il semplice *pati?* Fino a questo punto non giungono le ricerche dello Scialoia nell'op. cit., soprattutto per difetto di testimonianze storiche a nostra disposizione per illuminarci.

Del resto il diritto romano aveva in sè tanta vitalità di conquista, che ci ripugna quasi il solo concepire che il diritto provinciale abbia a sua volta siffattamente reagito sullo stesso diritto romano, da plasmare sul modello proprio quelle antichissime istituzioni territoriali, che, come le servitù prediali, avrebbero dovuto invece più a lungo e prevalentemente mantenere l'impronta della civiltà latina madre. Certamente non vogliamo però dire con ciò che, per legge di parziale contraccolpo e di tentata compensazione, questa gran massa provinciale che in forza della conquista aveva dovuto fortunatamente subire l'introduzione e la sovrapposizione del diritto romano, nei tempi di decadenza della giurisprudenza classica del popolo dominatore abbia potuto invece comunicare qualche cosa alle istituzioni romane; ma, lo ripetiamo, ci sembra non doversi

Digitized by Google

superficie, quanta abbia modo di difenderne contro gli assalti dei suoi concittadini, e tanta soltanto ne debba abbandonare, quanta i suoi mezzi non gli permettano di mantenere. L'ipotesi può discutersi solo per vastissime estensioni di territorio, allorquando cioè ve ne sia in tanta abbondanza per tutti, che anzi molti non trovino praticamente utile di affannarsi ad invadere un terreno che poi non riescano a coltivare per intiero; in tal caso l'intervento dello Stato può presentarsi da un punto di vista come superfluo, almeno nelle prime operazioni di ripartizione. Questa condizione di fatto però non verificavasi nel territorio di Roma, nè in quello del Lazio nell'epoca immediatamente preromana: poichè questa zona

---

giungere al punto di cercare nella provincia l'origine o il concetto delle servitù, ch'era già radicato profondamente nella civiltà di quel popolo meraviglioso, fin da quando in esso l'agricoltura ebbe a prevalere sulla pastorizia.

La reazione del diritto provinciale sul diritto romano non può avere avuto attinenza che alle forme e ai mutamenti secondari degli istituti, pur senza intaccarne la sostanza: bensì nuovi istituti potevano sorgere e sorsero infatti nei bassi tempi per provvedere a nuove esigenze della pratica. Che d'altra parte il concetto e la disciplina delle servitù in Grecia non influisse per nulla nel concetto e nella disciplina delle servitù in Roma, può ricavarsi dalle *Istit.* di Gaio (II, 31), il quale ammette anche nei fondi provinciali la costituzione di tali diritti con patti e stipulazioni; escluse la *mancipatio* e la *in iure cessio*, alle quali quei fondi non possono essere sottoposti.

Sul diritto preromano, in concatenazione col posteriore diritto dell'epoca romana storica, e quindi in rapporto coi moderni diritti tratti dal romano, può dirsi con ogni certezza che lo studio delle servitù non abbia percorso se non pochissima strada. Eppure le popolazioni della Etruria e dell'Umbria, e in genere le italiche, le quali nel culto del Dio Termine, nella consacrazione e nel culto dei boschi, nello sviluppo dei commerci e delle piccole industrie agricole già prima di Roma dovettero svolgere gran parte della loro attività giuridica ed economica, certamente non mancarono di trasmettere alla civiltà romana il bene e il meglio delle loro istituzioni, le quali poi furono dal genio particolare della novella civiltà romana siffattamente assimilate ai propri speciali bisogni, che finirono coll'eccellere sulle stesse istituzioni originarie, per vitalità e forza progressiva. In sostanza, dunque, lo sviluppo del concetto giuridico delle servitù prediali in Roma può avere avuto col concetto delle servitù prediali in Grecia quell'analogia soltanto che si spiega col naturale e generico svolgimento di tutti gli istituti giuridici simili o paralleli.

Digitized by Google

accerchiante il bacino del Tevere era già coltivata e fertile con sistema assai più intensivo che estensivo. Dunque sorge naturale il supposto d'una ripartizione per ministero e sotto la direzione dello Stato, il quale, per evitare i disordini, cominciava coll'affermare solennemente il proprio dominio, che comprendeva ad un tempo e il concetto di sovranità politica e quello di privata spettanza; e, siccome sarebbe riuscito impossibile ormai di regolare tra una popolazione di persone forti e prepotenti l'uso contemporaneo sui beni pubblici, deliberò di alienare la proprietà privata di quei terreni pur mantenendo su di essi la sovranità politica.

Ed ecco il *populus romanus* creare un diritto intiero e formale (vero diritto positivo) che chiamasi lo *ius Quiritium*, e questo diritto applicarsi al dominio privato sulle cose — *dominium ex iure Quiritium* — legalizzando la violenza coll'aggiudicazione giudiziaria nel *mancipium* da adottarsi pei beni di maggiore importanza e raccogliendo da ogni dove i detriti giuridici delle vecchie società per formarne istituti patrimoniali quasi con soffio creatore che desse l'anima e la vitalità ad una materia greggia. Perchè questa alienazione si rendesse compatibile con la persistente sovranità politica dello Stato, doveva assumere il carattere di funzione pubblica, come concessione regolata dal diritto e dalle consuetudini nazionali e, condizionata, oppur non sempre, al pagamento di *vectigalia*, revocabile sempre per un nuovo atto di sovranità, che tanto più si spiega e si giustifica nel caso che il privato sia venuto meno all'adempimento del corrispettivo impostogli nella concessione o delle condizioni in quella fissate come essenziali.

È in questa distribuzione di terre e nel regolamento delle terre distribuite che noi dobbiamo ricercare la prima origine del concetto di servitù prediale, che comincia ad essere servitù dei territori prima di divenire servitù degli edifizi nella città; della qual cosa sarà meglio toccato in seguito. Dal modo come gli *agrimensores* o *gromatici* procedettero in questa ripartizione, dai criteri che adottarono per rendere possibile l'esercizio del diritto trasfuso dallo Stato nei concessionari e per impedire il cozzo dei rapporti di vicinanza con quelli di ogni singola proprietà, sorgono le prime idee

Digitized by Google

di un regolamento positivo dei *iura itinerum et aquarum* tra fondi: diritti di viabilità e di deflusso che non solo non potevano avere importanza pratica, ma si sarebbero rifiutati altresì ad una concezione giuridica, fintantochè la proprietà era esercitata pienamente su quelle terre dallo Stato sovrano. Ma, all'atto della ripartizione del terreno, l'agrimensore non supponeva certo che il proprietario del fondo inferiore si fosse potuto, senza fare appello ad una convenzione speciale interceduta tra lui ed il proprietario del fondo superiore, rifiutare a ricevere le acque di scolo che da questo a lui venissero; nè si fosse potuto, anche qui senza speciale convenzione, rifiutare alla concessione pel suo vicino del passaggio necessario per il proprio fondo. Queste limitazioni sono di loro natura necessarie per l'esercizio della proprietà privata; talchè senza di esse potrebbe dirsi davvero reso impossibile pure il semplice concetto di proprietà privata. E di vero il Brugi (1) esponendo la configurazione di una zona di terra, per lo più allo stato naturale di foresta (*saltus*), nella colonia fiorentina, ci presenta una superficie di 25 centurie, ciascuna delle quali di 2400 piedi e di 9400 *actus*, pari a 200 *iugera;* ed osserva che i *limites* distano tra loro di 2400 piedi e che il *quintarius* viene così alla distanza di 12000 piedi dai limiti massimi. Partendo quindi dal punto di vista della limitazione augustea del *decumanus maximus* di 40 piedi di larghezza, del *cardo maximus* di 20 piedi, del *cardo quinarius* di 12, dei *linearii* e *subruncivi*, ci presenta una sistemazione di *fines* o *confinia* conducenti alle diverse culture o *sortes*, che in ciascuna centuria erano 100 e poste in comunicazione col *limes* o sentiero pubblico.

Da questo prospetto delle condizioni normali della viabilità (diciamo normali, perchè con le vicende del tempo e per il frastagliamento dei fondi oltre la primitiva ripartizione o il loro aggruppamento contro questa ripartizione stessa molti *limites* vennero ad essere distrutti), risulta che fin dalla stessa originaria distribuzione delle terre agli *incolae* od ai *coloni* si era pensato di provvedere al primo bisogno

(1) Appendice al § 659 della traduzione del libro VIII, tit. I, delle *Pandette* del Glück, pag. 22.

Digitized by Google

derivante dai rapporti di vicinanza, ossia al diritto di passaggio. Anche le attuali servitù legali, sanzionate come rappresentanti un *minimum* di rapporti di vicinanza, per le necessità dell'esercizio del diritto di proprietà sono, presso a poco come gli antichi rapporti di vicinanza originanti dalla distribuzione e dal riparto in lotti delle terre formanti prima corpo unico, un residuo del concetto di proprietà che si fraziona, e perciò quasi una particella, uno sminuzzamento del dominio prima unico, che viene quindi a formar parte, per aggregazione insensibile, del diritto di proprietà sul fondo dominante. Ma siccome questo *minimum* di rapporti di vicinanza è riconosciuto indispensabile per l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo dominante, e d'altra parte non ferisce sostanzialmente il diritto di proprietà sul fondo serviente, in un tal fenomeno non abbiamo che la figura dei limiti, che nel diritto di proprietà sono pure riconosciuti dai codici (articolo 646 Cod. civ. ital.), attraverso alle singole disposizioni limitative delle leggi positive. Siccome poi il limite è imposto nell'interesse indiretto e generale della consociazione, diretto e speciale del vicino, così, essendo all'infuori di ogni convenzione o concessione volontaria, la servitù legale apparisce esteriormente come la partecipazione ad uno stesso diritto (p. e. il diritto di passaggio) sovra un medesimo fondo tra il proprietario del fondo serviente e il proprietario del fondo dominante.

I rapporti di vicinanza sorsero adunque per la giacitura topografica dei fondi e per la configurazione loro: e nel diritto romano anche nell'occasione dello smembramento e ripartizione di un'unica proprietà originaria su di una *possessio*, *regio*, *ager* o *saltus*. In seguito, guastati i *limites* originari e alterati così i rapporti di vicinanza originanti dalla unicità del fondo primitivo, si presentò la necessità di provvedere per legge, indipendentemente da ragioni agrimensorie, ai rapporti più ovvii di vicinanza. Di qui il sistema delle servitù legali o necessarie, le quali, prescindendo dall'origine storica di una limitazione di proprietà frazionata, introdussero un sistema nuovo basato sulla natura dei luoghi, esclusivamente. Come eterna non poteva durare la ripartizione della proprietà, appunto in vista della illimitata possibilità degli scambi per

Digitized by Google

alienazione: così eterna non poteva essere la sistemazione delle servitù come vi era stato provveduto nella distribuzione primitiva delle terre. Ecco come la legge dei patti o dei contratti viene a derogare alla legge della sistemazione originaria quale effetto della distribuzione territoriale.

Sull'origine stereotipa delle servitù prediali romane dai quattro tipi — il *rivus*, l'*aqua*, l'*iter*, l'*actus* — vi è non poco da discutere: cominciando anzitutto dal determinare le funzioni cui può adempiere una servitù tipica, in una legislazione destinata ad evolversi con progresso illimitato di applicazioni giurisprudenziali, come la romana. Se il diritto positivo fissasse fin dapprincipio e senz'altro con ogni precisione il concetto di servitù, definendolo per modo che nella pratica costituzione di ogni singola servitù non si potesse prescindere da tale definizione fissata *a priori*, non farebbe mestieri ricorrere ad uno o più concetti tipici ai quali dovesse poi uniformarsi lo svolgimento successivo; ma basterebbe uniformarsi al contenuto della definizione stessa e su quella modellare ogni singolo rapporto di servitù prediale man mano che si presentasse. Che se il diritto positivo stabilisse diversi tipi concreti di servitù prediali, senza occuparsi di determinare il tipo generico di servitù prediale, allora alla giurisprudenza spetterebbe il compito di svolgere questi tipi, adattandoli (se e finchè ciò è possibile) alle esigenze speciali del dato rapporto giuridico che si vuol ricostruire in base ai dati di fatto.

Sembrò inoltre al PEROZZI (1), che il concetto di varie servitù prediali tipiche allora soltanto possa reggere, quando manchi il tipo astratto della servitù prediale; ma gli fu obbiettato dal BRUGI (2) essere impossibile fissare delle figure tipiche concrete di servitù prediali, senza conoscere prima un tipo astratto, per lo meno rudimentale, dell'istituto delle servitù prediali in genere. La questione peraltro non si può mettere nella sua vera luce, se non dal punto di vista storico: si deve

(1) *Sulla struttura delle servitù prediali in diritto romano;* Roma, 1888. V. anche ELVERS, *Die römische Servitutenlehre;* Marburg, Elverst'sche Universitäts Buchhandlung, 1856.

(2) Appendice III alla traduzione del libro VIII, tit. I, delle *Pandette* del GLÜCK.

Digitized by Google

ricercare se i Romani, senza pretendere di costituire sin dapprincipio un vero diritto di servitù prediale, dessero vita a quei quattro rapporti giuridici prediali, e solo più tardi per un lavoro di astrazione e di comparazione sintetica ne abbiano fatto derivare il concetto di servitù prediale come applicabile in tutti i rapporti consimili; oppure se invece prima cura di essi fosse stata il determinare avanti ogni altra cosa la natura e il contenuto del diritto di servitù, e poi su questa base avessero dato vita ai varî rapporti tra fondi, che man mano costituissero varie figure speciali, anzi figure ognor più specializzantisi a seconda dei bisogni e delle esigenze di tempo e di luogo.

E qui è d'uopo considerare che certamente la nozione del diritto di servitù dev'essersi formata presso i Romani dopo lo sviluppo dei singoli principali rapporti di servitù e come conseguenza di un tale sviluppo; e infatti il concetto di *iura praediorum* consistenti nei *praedia ipsa cum suo habitu, statu, qualitatibus*, come lo troviamo in Celso, ed anche (dato pure che si potesse ammettere) quello di Ulpiano sulla diminuzione del proprio diritto col corrispondente aumento del diritto altrui, come conseguenza necessaria del rapporto di servitù, significano veramente che anche molto tardi i Romani non ebbero un concetto astratto tecnicamente preciso dei rapporti di servitù prediale, talmente da poterne fare senza altro una definizione; ma desunsero una nozione abbastanza determinata e buona per la pratica, dal modo come tali rapporti prediali rivelavansi alla loro concezione attraverso alle varie vicende storiche dei rapporti di proprietà e di vicinanza. Ed ammesso pure che la giurisprudenza romana ripugnasse dal dare una vera definizione degli *iura praediorum*, come accadde anche per altri istituti giuridici, nel caso nostro una definizione sarebbe stata tuttavia utilissima e indispensabile così per la dommatica come per la pratica, per fissar bene i limiti tra il diritto di proprietà e le servitù come funzionamenti del diritto stesso: punto questo di vista, che non poteva essere esattamente colpito, se non prendendo come dati di partenza e di paragone le cosiddette servitù legali, e su di queste modellando i veri rapporti di servitù, vale a dire i rapporti di servitù convenzionale, in modo da dar così la determinazione positiva del contenuto

Digitized by Google

alla definizione che più sotto esporremo. Il passaggio dal regolamento legale al regolamento convenzionale delle servitù prediali e il rapporto tra l'uno e l'altro sistema furon bene colpiti dallo SCIALOIA (1), il quale, ammettendo un regolamento convenzionale delle servitù prediali e dei rapporti reali che ne derivano, ritiene che per volontà di parti si possa costituire tra due fondi un rapporto reale molto analogo a quello delle servitù legali, ma con vantaggio di un fondo e danno dell'altro, e non già con vantaggio di tutto quanto il territorio egualmente. Ecco come si spiega che nelle ripartizioni di terre dello Stato, dalle quali sorse poi il diritto primo di proprietà privata, non si tenne conto che dei rapporti prediali derivanti dalle stesse cause da cui li derivò la legge: appunto si trattava di un'operazione fatta nell'interesse generale e ben diverso da quell'interesse che in seguito avrebbe dovuto guidare una sistemazione convenzionale dei rapporti vicinali, sovrapposta alla sistemazione per opera del diritto pubblico, anteriore alla stessa effettuazione della distribuzione delle terre.

Si può peraltro obbiettare che tale sistemazione convenzionale dei rapporti di vicinanza, se fatta in modo analogo alla sistemazione dei rapporti stessi, a prima vista sembra non vi abbia dovuto contraddire o derogare profondamente, spostando (come avvenne quasi ovunque) i *limites* primitivi e autorizzando il sospetto che questa seconda operazione convenzionale, lungi dal secondare e dal completare la prima, vi avesse recato invece un turbamento profondo: laonde si disse che il sistema delle servitù convenzionali comprendeva una deroga al sistema di vicinanza naturale, non alludendo peraltro se non ad un solo caso di servitù, e cioè al caso in cui si fosse pattuito tra le parti di far proprio il contrario di quanto si dovrebbe fare per legge. Dove la legge dice: voi non dovete piantare alberi che ad una data distanza dal confine col vicino, tra le parti può infatti convenirsi di non serbare una tale distanza, e di piantare anche a vicinanza maggiore. Questo è il contenuto d'una servitù convenzionale; ma vi sono dei rapporti tra edifici, i quali costi-

(1) Luogo citato.

Digitized by Google

tuendo un regolamento della proprietà anche nel pubblico interesse, non possono essere per convenzioni di parte modificati. Non può, p. e., convenirsi tra vicini di casa di lasciare un'intercapedine tra il proprio edifizio da fabbricarsi e l'edifizio altrui fabbricato, anzichè avvalersi del diritto alla comunione e all'appoggio sul muro laterale, ovvero fabbricare alla distanza portata dalla legge; quindi non sempre per convenzione si può contrastare l'effetto ai rapporti determinati dalla legge stessa. Resta dunque nella sua pienezza impregiudicato il quesito se da quelle quattro servitù prediali tipiche potessero ritenersi originate tutte le successive servitù per causa di naturale svolgimento intimo, oppure se le servitù convenzionali fossero, a seconda delle varie esigenze dei tempi, dei luoghi e delle persone, conformate a certi criteri comunemente ricevuti, se non in una definizione scritta, certamente almeno nella coscienza pubblica e nella forza del concetto popolare.

Un fatto è interessante a questo riguardo, e come tale si presentò anche al VOIGT (1), che cioè per le quattro servitù tipiche suddette e per la servitù urbana tipica *cloacae* si dette nel diritto romano antichissimo la *legis actio sacramento*, e che in genere fu ammessa la *servitutis vindicatio*. Dal fatto che si dette la *servitutis vindicatio*, si vuole argomentare che dunque la servitù formava quasi come un oggetto di proprietà, staccato vuoi dal fondo dominante, vuoi dal fondo serviente; e che questo diritto di proprietà sulla servitù era della stessa natura del diritto di dominio esercitato sullo stesso fondo serviente dal proprietario di esso fondo: ed allora, riportandoci sempre ai primi tempi del diritto romano, la servitù non sarebbe più uno *ius in re aliena*, ma veramente uno *ius in re propria*. Di qui anche la possibilità di un legato *per vindicationem* (L. 9, Dig. 8, 1; L. 9, § 1, Dig. 8, 6; L. 7, Dig. 33, 3), che trasferiva nel legatario la proprietà della cosa sulla quale cadeva l'esercizio del diritto e sulla quale come sul diritto in essa incardinato doveva in seguito farsi valere la rivendicazione. Col concetto di uno *ius in re propria*, aggiunge il VOIGT, si evitava anche l'in-

(1) Op. cit.

Digitized by Google

conveniente che potesse sorgere contro l'applicazione del quiritario *meum esse aio* del proprietario di un fondo serviente, quando le facoltà su questo fondo si fossero trovate limitate dall'esercizio del diritto del proprietario d'un altro fondo: ecco perchè si doveva eliminare il concetto d'uno *ius in re propria.* Come si vede, se è giusto questo concetto del diritto sull'oggetto della servitù come di un diritto *in re propria,* resta vacillante l'idea dell'origine della servitù da una limitazione sistematica del diritto di proprietà in occasione del riparto e distribuzione delle terre, che noi amiamo figurarci nella Roma metropoli primitiva come identico a quello che si usava nelle colonie (e questo lo conosciamo), procedendo col solito sistema dal noto all'ignoto: e però, almeno da questo punto di vista e se non vi sono argomenti maggiori per la conciliazione, le due opinioni della servitù come derivante dalle limitazioni legali della proprietà privata, sin dalla prima ripartizione del territorio, e della servitù come funzione speciale di un diritto di proprietà, armonizzano poco tra di loro.

Esclusa la limitazione del diritto di proprietà assoluta, rimarrebbe sempre a giustificare la causa e l'origine di un simile diritto *in re propria,* con visibile e reale penetrazione nel campo della proprietà altrui, se non altro fino alla possibilità del materiale incontro di due proprietari in un medesimo luogo o territorio: proprietari, i quali, concorrendo ad esercitare insieme un medesimo diritto *iure proprietatis* sopra una medesima utilità di una medesima cosa, si troverebbero assai imbarazzati a riconoscersi reciprocamente come comproprietari, giusta quanto si dirà a suo luogo. È più logico invece e meno sforzato supporre che, come ai limiti legali i convenzionali, alla vicinanza legale col decorso del tempo si sostituisse la vicinanza convenzionale, la cui più alta forma, a modo di vedere dell'IHERING, sarebbe la servitù prediale.

Con questa spiegazione resterebbe fermo il concetto che gli *iura itinerum et aquarum* dovessero costituire i primi rapporti tra fondi, rapporti aventi molta attinenza con le servitù prediali: nè alcun ostacolo vietava che anche questi diritti potessero formare oggetto di un legato per vindicazione o potessero essere sottoposti a rivendicazione da parte

Digitized by Google

del loro titolare. Per la qual cosa non è forse impossibile conciliare l'opinione di una specie di proprietà originaria sulle servitù coll'opinione che le servitù costituissero limitazioni legali dapprima e convenzionali dipoi del diritto di proprietà assoluta sulla cosa gravata della servitù stessa. Vuol dire che, siccome tali limitazioni erano originarie all'atto della concessione delle terre per autorità dello Stato, mentre d'altro canto la stessa origine avevano i corrispondenti aumenti del fondo dominante, la loro contemporaneità col diritto di proprietà le rendeva appunto in certo modo partecipi di una stessa sistemazione, come provenienti da una identica causa e ordinate nel pubblico interesse d'una ripartizione territoriale consona all'interesse di tutti e alla sistemazione completa delle acque e dei passaggi: questo per le servitù rustiche. Non osta dunque il concetto di *manus, mancipium, mancipatio, vindicatio,* riferito alle servitù, alla opinione che le servitù, per quanto in certi rapporti giuridici staccate dal diritto di proprietà, dovessero considerarsi tuttavia come limitazioni del diritto di proprietà; noi qui parliamo sempre dei *iura itinerum et aquarum,* e non delle vere e proprie servitù che sorsero dopo e perciò non conservarono il carattere di limitazioni legali insito in quei *iura.* Prima di arrivare da quei quattro primitivi *iura itinerum et aquarum* (*rivus, aqua, iter, actus*) alle servitù vere, ossia ai rapporti convenzionali tra vicini, varie trasformazioni si ebbero a sviluppare: così il *rivus* divenne *aquaeductus* e l'*aqua* si trasformò in *aquae haustus:* i rapporti convenzionali giunsero più tardi ed assunsero delle forme le quali si plasmarono su quelle tipiche delle servitù legali e che ammisero una varietà immensa.

Prima di occuparci più davvicino di queste quattro servitù prediali tipiche, ci accorgiamo che il concetto del tipo delle servitù incontra gravissimo ostacolo, anzitutto, nella comparsa di un fattore speciale che accompagnava l'esercizio del relativo diritto, ossia nell'esplicazione del *modus,* la cui teoria è uno dei punti più delicati in tutto il diritto dei negozi patrimoniali romani. Noi non vogliamo certamente discorrere qui *ex professo* del *modus,* perchè a tanto non basterebbero i limiti assegnatici dall'economia dell'opera presente. Noteremo

Digitized by Google

soltanto che il *modus* doveva essere rilasciato in arbitrio delle parti contraenti per trarre a sè, adattando ai propri bisogni, il concetto generale della servitù prediale o di quella data servitù prediale: senza di che il tipo della servitù determinata resterebbe come rigido e non avrebbe l'elasticità necessaria per piegarsi ai bisogni di ciascun proprietario che ne deve usufruire. E, applicando con PAPINIANO (L. 4, §§ 1-2, Dig. 8, 1) il concetto di *modus* alle servitù prediali, cioè considerandolo come patto adietto ad esse, lo si trova non solo dichiarato perfettamente possibile, ma esemplificato opportunamente con la specie del veicolo ammesso od escluso (p. e. il cavallo), colla specie di gregge da farsi transitare o di carbone da trasportare, cogli intervalli dei giorni e delle ore, dei quali ultimi si aggiunge non aver dessi che fare con una causa temporale connessa con la servitù.

Con ULPIANO si trova il *modus refectionis* nella *servitus oneris ferendi* (L. 6, §§ 2 e 5, Dig. 8, 5) e lo *ius reficiendi usque ad certum modum* (L. 3, § 14, Dig. 43, 19): *modus* è la determinazione del tempo nella l. 5, § 1, Dig. 8, 1 (GAIO), e secondo ULPIANO stesso (L. 1, § 1, Dig. 43, 20) l'*usus* che concreta il *modus* è la base per la distinzione dell'*aqua cottidiana* dalla *aestiva*. Ma in tutti questi e negli altri casi in cui si può immaginare apposta una modalità (*modus*) all'esercizio d'una servitù, certamente è d'uopo ritenere che questa modalità non avesse forza di cambiare una servitù in un'altra (come sostiene per equivoco l'ELVERS) e neppure l'avesse per modificare sostanzialmente il contenuto della servitù stessa: la modificazione avveniva soltanto per le circostanze secondarie, per le parti accessorie attinenti all'esercizio della servitù, ed erano come circostanze aggiunte al negozio tipico di diritto, per il quale la consuetudine se non la legge fissava delle forme rudimentali e scheletriche, non incompatibili con le aggiunte posteriori ed anche contemporanee alla costituzione della servitù stessa. Come in tutti gli altri negozi giuridici volontari, il *modus* doveva risultare dalla sola volontà delle parti interessate, implicitamente o esplicitamente (1); ma evidentemente non era

(1) Il PEROZZI, a pag. 42 dell'op. citata, richiede ma non giustifica la disposizione esplicita delle parti.

Digitized by Google

necessario che le parti determinassero in una guisa o nell'altra un *modus* di cui non sentissero il bisogno nel loro caso speciale. Allora soltanto poteva avvertirsi il bisogno di fissare modalità all'esercizio del diritto, quando vi fosse fondato motivo di temere contestazioni future ed equivoci inevitabili: in ogni altro caso l'uso veniva da sè secondo la natura del diritto di servitù e secondo l'economia dell'esercizio in rapporto ai fattori contingibili dei fondi posti in rapporto di servitù, senza che per ciò si vegga necessità alcuna di ricorrere ad un modo ordinario di esercizio, desunto dal minimo incomodo del fondo serviente conciliato col massimo vantaggio del fondo dominante. Il *modus* che le parti avrebbero potuto imporre all'esercizio del diritto di servitù poteva essere tanto nel senso di aumentare, quanto nel senso di diminuire l'aggravio del fondo serviente, prendendo in ciò come punto di partenza l'esercizio economico del diritto di servitù, nel modo sopraddetto; e infatti nella l. 20, § 5, Dig. 8, 2, PAOLO (sospettato però d'interpolazione dal PEROZZI nel loc. cit.) ammette, a proposito della servitù di stillicidio, che possa rendersi anche deteriore la condizione del fondo serviente, quando questo deterioramento corrisponda ad una condizione di esercizio espressamente prevista (il qual concetto sembra voglia richiedere una dichiarazione esplicita per il caso di aggravamento) nell'atto d'imporre la servitù, e, può aggiungersi (1) all'infuori dell'autorità di PAOLO, anche posteriormente alla costituzione della servitù stessa e per patto tardivamente convenuto tra le parti. Come è tuttavia facile a comprendersi, sarebbe strano che il proprietario di un fondo serviente, dopo d'avere ricevuto il corrispettivo della costituzione della servitù sul suo fondo, consentisse senza corrispettivo e posteriormente ad aggravare la sua posizione per via di semplice modalità: la qual cosa può ritenersi concepibile soltanto nell'ipotesi che posteriormente all'imposizione della prima servitù si ritenga dalle parti conveniente d'istituire *ex novo* un'altra servitù, sia pure della stessa natura della prima e che alla prima si unisca per l'esercizio.

(1) Il BRUGI, con evidente paralogismo (loc. cit., p. 128) ritiene invece che costituzione di servitù e *modus* non siano concetti sincroni, ma successivi.

Digitized by Google

Dunque, in sostanza, il concetto del *modus* non offre ostacolo alcuno a che possiamo tranquillamente proseguire nella nostra ricerca sull'origine dei quattro *iura itinerum et aquarum*, che, senza esagerare sulla portata del tipo, abbiamo ormai consentito di considerare come le servitù tipiche originarie de' fondi rustici. Per noi le servitù rustiche qualificate come *iura itinerum et aquarum*, appartenendo alla famiglia delle *res mancipi*, dovrebbero ricondursi fino ai primi albori del *mancipium*, ossia molto addietro alla legislazione decemvirale, alla quale tuttavia si fissò lo sguardo retrospettivo di CICERONE (1); assolutamente noi dobbiamo ricondurci col pensiero ad una prima ripartizione delle terre, di cui l'epoca ci è però ignota. L'*iter* e l'*actus* evidentemente, siccome costituenti dei *iura* necessari all'esercizio diretto della proprietà alla quale si riferivano, sia per l'introduzione della persona nel proprio fondo, come per l'introduzione di bestiami, carri e veicoli di altre specie, non potevano non essere coevi alla ripartizione delle terre, in quanto consistevano nei rapporti legali corrispondenti da fondo a fondo; in seguito soltanto ai rapporti legali si sostituirono le modificazioni convenzionali, dopochè i primitivi *fines* ebbero subito alterazione. Ma, anche spostandosi per arbitrio o per convenzione i primitivi rapporti di vicinanza, non solo rimasero i nomi, bensì pure sopravvissero i tipi di quelle quattro servitù originarie, che, passando poi con altre di origine posteriore nella legislazione giustinianea dopo avere attraversato la giurisprudenza classica che di questa legislazione è madre, ebbero la designazione di nominate, per contrapporle a quelle altre servitù, le quali non ebbero alcuna denominazione specifica, ma si trovarono comprese sotto l'espressione generica: *ceteraque istis similia* o *ceteraque similia iura* (GAIO, *Instit.*, II, 31). Che le nominate soltanto dapprincipio fossero tipiche non può dubitarsi, poichè appunto allora appellasi tipica una servitù, quando ha un contenuto particolare che le permetta un'esistenza indipendente dalle altre e spiccatamente autonoma da ogni altra forma preesistente di contenuto eguale o assi-

(1) *Pro Caecina*, 26. Nel *De Oratore*, I, 38, 173, egli fa dire all'interlocutore Antonio che i *iura parietum*, *luminum*, *stillicidiorum* sono *iura rerum*: ma senza intenzione di alludere a veri diritti reali.

Digitized by Google

milabile; solo si può dubitare che le sopravvenute fossero tipiche a loro volta, o non piuttosto si potessero riportare per contenuto o per analogia di contenuto alle servitù primitive. Quest' ultima ragione di dubitare difficilmente può però trovare una soluzione generale, *a priori*, e soltanto può essere eliminata caso per caso, rapporto per rapporto, servitù per servitù; altrimenti si affretterebbe una soluzione teorica, per necessità, fallace e vacillante, considerata coi lumi di una critica analitica.

Da canto loro, le altre due servitù prediali di *rivus* e di *aqua*, come rapporti di vicinanza necessaria, dovettero sorgere, come limitazioni espresse al diritto di proprietà, assai posteriormente alla ripartizione delle terre; poichè dapprima i rapporti di corso e di scolo d'acqua dovevano essere ritenuti come vigenti ed operativi solo in quanto erano fissati e determinati dalla natura e dalla giacitura dei luoghi. La differenza infatti tra i *iura itinerum* e i *iura aquarum* sta in questi due caratteri principalmente: che i *iura itinerum* esigono una manutenzione del fondo serviente, per rendere possibile l'*iter*, ossia per secondare l'esercizio della servitù, anzi addirittura per renderlo possibile, mentre per i *iura aquarum* si può immaginare un esercizio meramente negativo e che non esiga opere di manutenzione perchè può anche lasciarsi la natura far da sè e le acque aprirsi naturalmente un varco attraverso fondi posti a diverso livello; e che i *iura itinerum* si esercitano con passaggio di mobili e di semoventi condotti dall'uomo e dalla volontà dell'uomo, mentre i *iura aquarum* non attengono che alla sistemazione di un elemento naturale, il quale, a rigore, non ha bisogno di essere condotto in nessun modo, nè si ferma troppo a lungo, almeno visibilmente, sul fondo serviente. I rapporti vicinali di passaggio, come più appariscenti, più urgenti e rivelanti necessariamente nel loro esercizio l'opera diretta dell'uomo, dovevano essere regolati contemporaneamente alla distribuzione delle terre; gli altri potevano venire in seguito con maggiore lentezza, specialmente quando l'esperienza insegnò che il vicino, abbandonato al suo arbitrio senza le sanzioni della legge, contrariava il deflusso o il corso naturale delle acque che rasentavano o attraversavano il proprio fondo.

Digitized by Google

Per i *iura itinerum* la legge della distribuzione delle terre doveva contenere gli elementi costitutivi; per i *iura aquarum* invece gli elementi costitutivi erano dati da una specie di regolamento di polizia rurale (se è lecito applicare un concetto moderno a fenomeni d'una vita antichissima), in modo che il regime delle acque che ne risultava sembrasse piuttosto rispondere ad una sistemazione generale, anzichè alla sistemazione parziale dei rapporti di vicinanza tra due soli o pochi più altri vicini. Come poi questi rapporti, originariamente legali, diventassero in seguito meramente convenzionali, cioè a dire vere e proprie servitù, si è detto già spiegandolo coll'impossibilità che i rapporti derivanti dalla prima ripartizione delle terre rimanessero eternamente immutabili, pure essendo ammessa e attuata l'alienazione di tutto o parte del lotto assegnato allora, a favore di vicini e di non vicini; per la qual cosa, cambiando la destinazione del padre di famiglia sui fondi, anche i rapporti vicinali necessariamente dovevano spostarsi, all'infuori di ogni ingerenza dello Stato che non voleva o non giudicava intervenir più a disciplinare i nuovi rapporti vicinali. Questo si dica per le servitù di transito; mentre per la sistemazione delle acque non v'è nessuna norma nella legge di riparto del suolo nei suoi vari lotti, o almeno è probabile che anche nella ripartizione lo svolgersi delle servitù di flusso e trascorso delle acque fosse abbandonato a sè, alle forze della natura, alla stessa giacitura dei luoghi. Ma quando il padre famiglia, coltivando i suoi fondi, cominciò ad alterare siffatta giacitura, allora evidentemente si giudicò opportuno per legge limitarne le facoltà, oppure promuovere la convenzione tra le parti.

2. Anche le servitù degli edifici ebbero naturalmente in Roma le loro forme tipiche; e, come le *servitutes aquarum*, trovarono rispondenza in una sistemazione generale nel pubblico interesse, *ne urbs ruinis deformetur*, per la comodità del transito, per l'igiene delle abitazioni e la sicurezza dei cittadini, per la eliminazione di ogni atto emulativo, la cui caratteristica è il dispetto tra vicini senza risultato di utilità economica alcuna, e il puro danno inflitto al vicino. Se si tiene il debito conto del sistema edilizio della città di

Digitized by Google

Roma prima dell'incendio gallico, e dentro il *pomerium* e fuori noi abbiamo la costruzione a forma di *tuguria*, vale a dire di capanne di paglia rotonde col tetto acuminato, che però in città diventano *portus* o *porta* (più usato al singolare *portus* o *portum*), con la *cohors* più piccola di quella degli edifici rustici, ma aventi necessariamente di particolare un *circuitus* o *ambitus* per ricevere le acque cadenti dal piovente dei tetti (*tecta displuviata*), da tutte le parti della casa, ossia da quattro lati.

Per conservare i buoni rapporti di vicinanza tra i vari proprietari era necessario senza dubbio di determinare l'ampiezza di questo circuito o *ambitus* destinato allo smaltimento delle acque piovane; infatti dalla testimonianza di FESTO noi apprendiamo che l'*ambitus* era di due piedi e mezzo, ossia di m. 0,74, o più precisamente di m. 0,739, e da quella di VARRONE (1) che gli interpreti delle dodici tavole descrivono l'ambito come il circuito delle pareti, s'intende delle pareti esterne degli edifici. Se dunque al concetto dell'*ambitus* va unita la misura dei due piedi e mezzo, evidentemente le dodici tavole, parlando dell'*ambitus*, non potevano non tener conto di questa misura che era essenziale nel concetto dell'istituto da esse disciplinato. Ma della legislazione decemvirale a noi non sono giunte le parole testuali: ad ogni modo le testimonianze che abbiamo bastano per determinare come dunque le case, considerate sopra una sola linea, con la *cohors* sul davanti, dovevano avere sempre la distanza laterale e dalla parete di sfondo in m. 0,74 o circa, appunto per evitare che l'acqua dei pioventi cadesse così presso al tugurio vicino, da infradiciarne la paglia per il rimbalzo delle stille oppure da guastarne lo stesso tetto, perchè una distanza così piccola avrebbe potuto pure portare, dato lo sporto dei pioventi, con la più grande facilità, che l'acqua del displuvio cadesse addirittura sul tetto del vicino, qualora un tale tetto per caso fosse sensibilmente più basso. Sembra però che un siffatto circuito o *ambitus* non si adottasse nel quartiere plebeo dell'Aventino, dopochè per la *lex Icilia de Aventino publicando* del 456 a. C. le terre di quel colle si divisero *viritim* tra i

(1) *De lingua latina*, v. XXII.

Digitized by Google

plebei chiamati ad abitarvi: poichè appunto, essendo lo spazio eccessivamente ristretto per concedere m. 1,48 in più per i lati e m. 0,74 per il fondo, in ragione di larghezza dalla parete esterna della casa o tugurio, fu tollerato che le case si ponessero a contatto l'una dell'altra. Qui va ricercato l'altro tipo di servitù urbana, della parete comune, poichè era impossibile che gente turbolenta e facinorosa, per quanto accomunata dalla miseria e dallo stato sociale, abitasse tuguri a ridosso senza sistemare o per legge o per consuetudine o per convenzione questi rapporti. Senonchè nel 365 o 370 sopravvenne l'incendio gallico e dopo si rese necessario di riedificare la città; cosa che si fece emancipandosi dalla vecchia costruzione a forma di tuguri e adottando per la prima volta la costruzione laterizia: però, come ci attestano TACITO e LIVIO, senza più tener ferme le regole di distanza prima osservate, e in ispecie neppure quella delle leggi decemvirali sull'*ambitus*. D'altra parte, senza dubbio a questa epoca la popolazione si era talmente addensata, che si sarebbe reso impossibile adottare le distanze primitive, e perciò si ammise, o, per dir meglio, si tollerò che le case fossero erette quà e là e senza criterio: per la qual cosa naturalmente le ultime dovettero addossarsi alle prime e si ebbe pertanto il muro comune (*paries communis*). Solo si conciliò un tal sistema di fabbricazione a ridosso colla sistemazione delle acque piovane provenienti dalla casa stessa; e però si adottò il sistema del tetto *tuscanicum*, da cui le acque piovane cadevano internamente nell'*impluvium*, specie di cortile interno che serviva per dare aria e luce alle stanze della casa.

Oltre ad una tale sistemazione della caduta dell'acqua piovana, si doveva provvedere anche allo smaltimento di essa; di qui i *iura stillicidiorum*, che dal primitivo *stiricidium* vanno alla *cloaca* ed al *flumen*; e coi *iura stillicidiorum* altri *iura aedificiorum*, segnatamente i *iura parietum* e i *iura luminum*, come derivazioni del *paries communis* anzi del *paries medius* ad esso sostituito. Dai *iura parietum* derivarono poi la *servitus tigni immittendi* e quella *oneris ferendi*, nonchè la *servitus proiiciendi* e quella *protegendi*; dai *iura luminum* sorsero gli impedimenti all'*officere lumini altitutine tectorum* e all'*officere prospectui*. Quando poi la

Digitized by Google

specificazione dei *iura aedificiorum* giunse ad un grado conveniente, e forse a questo punto in cui noi abbiamo tracciato l'inventario, diremo così, di consistenza delle servitù, si ritenne indispensabile di staccare questi nuovi *iura aedificiorum* aggiuntisi ai vecchi *iura praediorum*, man mano che venivano determinandosi, e di formare due categorie, di *iura praediorum urbanorum* l'una, e di *iura praediorum rusticorum* l'altra (1). Certamente poi, lo sviluppo delle *servitutes praediorum rusticorum* dai primitivi *iura itinerum et aquarum* dovette influire anche nel successivo sviluppo delle *servitutes praediorum urbanorum* dai *jura stillicidiorum* prima e dai *iura parietum et luminum* poi: poichè anche per gli edifizi deve essersi verificato quel procedimento che noi abbiamo segnalato per i terreni, vale a dire la sostituzione di rapporti convenzionali di servitù a rapporti legali di vicinanza.

Soltanto, mentre noi facciamo risalire le limitazioni legali del diritto di proprietà sui terreni alla primitiva distribuzione del territorio tra privati, nel caso delle servitù degli edifici le relative limitazioni legali che le precedettero non possono farsi risalire ad altro, fuorchè ad un regolamento che lo Stato abbia fatto per la sistemazione delle case e delle strade entro la città. Se lo Stato avesse abbandonato a sè i rapporti tra privati in materia di edifizi, il pericolo di una conflagrazione sarebbe stato assai più facile ancora che per i fondi rustici; poichè, data la distanza (questa almeno non si può negare che fosse una limitazione legale) fissata dalla legge decemvirale in m. 0,74 o 0,739, si può dire che i proprietari di due tuguri vicini sarebbero potuti entrare per le finestre l'uno nella casa dell'altro, praticando ciascuno nella propria delle aperture che immettessero sulla stretta quanto poco igienica e meno pratica intercapedine.

Oltre a ciò, quando le intercapedini di questa specie si furono moltiplicate in numero stragrande, proporzionatamente ai bisogni della fabbricazione degli edifici per l'aumentata quantità della popolazione, si dovette comprendere che non era possibile procedere di questo passo, perchè si sarebbe

(1) Arnò, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cap. II.

Digitized by Google

giunti per lo meno ad ammôrbare tutta la città coi miasmi esalanti da tali intercapedini, sproporzionate con l'altezza anche di edifizi da un solo piano e per le quali nonchè un giumento, ma neppure una persona (o soltanto appena) avrebbe potuto transitare senza l'incomodo e fastidioso contatto con una o con entrambi le pareti dei tuguri opposti. Per tal ragione, anche senza l'incendio gallico e senza l'introduzione della costruzione laterizia, pur col sistema dei tuguri avrebbe dovuto venirsi all'appoggio di parete contro parete o alla comunione della parete del vicino per effetto dell' addossamento di una nuova costruzione: come dimostrò il buon senso della plebe romana, la quale sull'Aventino sconfessò, prima che nascesse e dopo sôrta e promulgata, la legislazione decemvirale col suo *ambitus*.

È singolare tuttavia che non ci sia rimasta traccia di una legislazione che avesse regolato subito, per lo meno, i rapporti di parete: la qual cosa può appunto stare a significare che la convenzione, e, dove questa mancasse, la consuetudine intendeva a regolare simili addossamenti di tugurio a tugurio, anche perchè la elevata posizione del luogo facilitava lo scolo naturale dei displuvi e dei rifiuti animali nella sottoposta valle Murcia (Velabro minore) che separava l'Aventino dal Palatino. La città si sarà trovato di fronte, prima o dopo, il problema della sistemazione delle strade in mezzo a tanti tuguri: e, nel risolvere un tale problema, avrà senza dubbio dovuto metter mano a sistemazioni generali dell'abitato, per evitare l'allagamento della via pubblica e la fermentazione delle immondizie dentro o fuori delle abitazioni.

Però, come accade sempre in tutte le grandi città, anche moderne, nei quartieri nuovi e abitati da proletari o da lavoratori, per molto tempo la città (nel caso nostro lo Stato romano) avrà abbandonato a sè il nuovo quartiere, talchè i suoi abitatori avranno prevenuto con le loro consuetudini e con le loro convenzioni le disposizioni della legge.

All'epoca della giurisprudenza classica romana possiamo poi trovare uno sviluppo organico completo del concetto di servitù urbana, attorno a quei tipi fondamentali cui abbiamo accennato: ma certo non possiamo argomentare che quello fosse, neppure nelle sue linee principali, il regolamento dei

Digitized by Google

tuguri dell'Aventino in seguito all'occupazione per la legge Icilia: altrimenti il progresso di più secoli non avrebbe dato alcun frutto in questa, che tuttavia è una delle materie più interessanti e più pratiche di tutto quanto il diritto. Anche in tal caso le violazioni convenzionali alla legale regolazione della proprietà sono additate come transizione dallo stato di rapporti di vicinanza obbligatoria allo stato di veri e proprî rapporti di servitù, cioè di servitù convenzionale, in cui le parti possono regolare la rispettiva posizione giuridica dei loro edifizi a seconda dei loro bisogni individuali e dipartendosi però, fino a che occorre, dal tipo fondamentale del rapporto vicinale, pur senza venirne a intaccare la natura. Così, a mo' d'esempio, anche nell' epoca dei tuguri prima dell'incendio gallico noi possiamo supporre una convenzione tra due vicini, per la quale la distanza tra i rispettivi tuguri non fosse soltanto di due piedi e mezzo, ma di cinque e di dieci piedi: l'uno dei due che elevò il suo tugurio dopo dell'altro, avendo già prima della costruzione convenuto in questo senso, non può dopo nel costruire invocare la minor distanza legale per attenersi ad essa senza osservare la maggior distanza convenuta.

3. Celso ne' suoi Digesti (L. 86, Dig. 50, 16) si meravigliava che gli *iura praediorum* potessero intendersi diversamente dai *praedia qualiter se habentia*, e cioè nella loro *bonitas, salubritas, amplitudo;* allo stesso modo come nella l. 12, Dig. 8, 6, sosteneva che il *fundus qualiter se habens* (e che *in suo habitu possessus est* da un compratore di buona fede) conserva la *servitus itineris* malgrado la trasmissione della proprietà, mercè una specie di *ius retentionis*, applicato in questo caso per eliminare il pericolo dell'estinzione o della perdita della servitù stessa. Fu dunque naturalmente che, partendo dalla nozione di Celso, venne in campo l'*habitus fundi* coll'avverbio *qualiter;* ma ciò non autorizza la conversione dell'avverbio nel sostantivo *qualitas*, come posteriormente fece la *Glossa*. Non si risparmiò critica neppure all'*habitus praedii*. Si disse (1) che Celso con le parole: *ut bo-*

(1) Randa, *Der Besitz nach österreichischem Recht und Berücksichtigung des gemein. Recht. des preuss.*, ecc.

Digitized by Google

nitas, salubritas, amplitudo — non fa che darci un paragone poetico, come in tutta la legge, servendosi di una frase inadatta a costruirvi sopra una qualsivoglia teoria giuridica. Si disse ancora (1) che in quei testi non si ha un principio generalmente riconosciuto, ma nulla più che un paragone spiritoso, una teoria individuale e non un principio pratico di diritto. Certamente, il concetto di qualità non si trova a suo posto che nella filosofia scolastica e non è ancora sufficiente per darci la nozione giuridica della servitù, perchè è un dato del tutto inerente alla cosa che serve; esso non è per noi che un dato puramente intrinseco, che nessuno nega abbia influenza sul contenuto della servitù. Ma come quel dato intrinseco è designato a funzionare, perchè per esso si dia luogo al rapporto giuridico di servitù? Data la qualità del fondo serviente, che tal qualità si produca, si manifesti e si sviluppi in forma giuridica non è punto necessario; occorre dunque un fatto dell'uomo o una disposizione di legge, rispondente ad una costruzione sistematica, per avvicinare i due fondi e per mettere a profitto del fondo dominante l'attitudine e la qualità del fondo serviente, vale a dire la forza di coesione che ravvicina i due fondi. Questo fatto dell'uomo e la relativa disposizione della legge che gli dà vita giuridica e lo regola, oppure senz'altro la disposizione di legge che dà vita al rapporto giuridico, sono elementi fondamentali per la genesi e per lo svolgimento delle servitù. Ma tanto la disposizione di legge quanto il fatto dell'uomo trovano un limite e un ostacolo insormontabile nelle attitudini della cosa; diguisachè nè il fatto dell'uomo nè la legge possono bastare da sè a produrre il funzionamento di una data servitù, quando la natura del fondo serviente non la comporta o quando essa non può neppure giovare, almeno nel modo prefisso e ideato, al fondo dominante.

Il concetto di CELSO, a proposito dell'*operis novi nunciatio* fu adottato anche da ULPIANO sotto forma di costruzione causale (L. 5, § 9 in fin., Dig. 39, 1). ULPIANO, commentando l'editto e riproducendo l'opinione di SESTO PEDIO, spiega

(1) BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 82.

Digitized by Google

che triplice può essere la causa della nunciazione di nuova opera: naturale, quando s'immette qualche cosa nelle nostre case o si fabbrica nel nostro; pubblica, quando le leggi o i senatoconsulti o le costituzioni dei principi accordano questo rimedio di denunciare un'opera nuova; imposta (*impositicia*), *quum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.* Da questo discorso si volle argomentare che la servitù è una *qualitas rei impositicia, qua quis ius suum deminuit, alterius auxit,* fondandosi su quell'*hoc est* che ravvicina la descrizione del fatto alla configurazione giuridica del fatto stesso. Ma fu osservato che, se la *novi operis nunciatio* si dà nell'ipotesi della violazione dell'obbligo assunto dal proprietario e consistente in *non faciendo,* il chiamare la causa della *nunciatio,* in questa ipotesi, *impositicia,* non equivale a chiamare la servitù stessa *impositicia.* La violazione della servitù negativa costituisce una causa e non una qualità; nè causa o qualità costituirebbe il fatto che il denunciatore dell'opera potesse giovarsi del suo diritto di servitù attiva, qualora inutile non l'avesse reso il proprietario del fondo serviente col *facere contra servitutem* (1). La *causa impositicia* dell'*operis novi nunciatio* non è la causa in cui noi siamo naturalmente condotti a reclamare per una invasione diretta della nostra proprietà, come nell'ipotesi di taluno che immetta nelle nostre case o fabbrichi sul suolo nostro; non è una causa pubblica, perchè non vi è una legge che ci accordi questo diritto di reclamo; ma è semplicemente una causa imposta, alla quale cioè noi ci vediamo obbligati per misura conservativa di un altro nostro diritto, cioè del diritto di servitù attiva. Ci è imposta, anche nostro malgrado; perchè, mentre noi vorremmo procedere direttamente a sperimentare l'azione ch'è indicata per l'esercizio del nostro diritto di servitù, troviamo un intoppo insormontabile senza l'adozione di un altro mezzo di tutela del nostro stesso diritto; e questo intoppo lo troviamo nell'*opus*

(1) Così presso a poco, l'Arnò nella sua monografia sulla *Distinzione tra servitù rustiche ed urbane,* Torino, Bocca, 1895 (R. Univ. di Torino. Istituto di esercitazioni nelle scienze giuridico-politiche, memoria XI, cap. I).

Digitized by Google

novum costruito dal proprietario del fondo serviente in contravvenzione ai suoi obblighi passivi, cioè *contra servitutem*. E, per quanto sia nostro interesse e nostra intenzione di procedere spediti nell'esercizio del nostro diritto di servitù attiva, tuttavia una *causa impositicia* ci sospinge a nunciare l'opera nuova del proprietario del fondo serviente, il quale a noi, proprietari del fondo dominante, allo stato delle opere e delle cose, rende impossibile l'esercizio del diritto che ci riguarda. I trattatisti dell'*operis novi nunciatio* hanno trascurato, è vero, di tener conto di questa *causa impositicia* dell'*operis novi*, come l'argomento dimanderebbe; poichè, confrontando il frammento in esame coll'altro pure di ULPIANO *in eod. tit.*, l. 1, § 16, si può organizzare benissimo una teoria completa della *operis novi nunciatio operis nostri conservandi causa*, accanto a quella *damni depellendi* e all'altra *publici iuris tuendi gratia*. Tutte le misure conservative per noi sono *impositiciae*, nel senso che non ci servono per il raggiungimento diretto del nostro fine ultimo, ma solo per non perdere la facoltà di esercitare il diritto e di mettere in moto l'azione che interessano direttamente ed immediatamente il nostro patrimonio. Nel caso che esaminiamo poi, l'azione è più che conservativa, è quasi preliminare a quella derivante dalla servitù, appunto perchè l'azione dipendente dalla servitù sussegue immediatamente, o almeno si suppone debba susseguire immediatamente la denuncia dell'opera nuova. E tanto dalla l. 5, § 9, Dig. 39, 1, non si può ricavare il concetto della servitù come di *qualitas*, quanto è inesatto scambiare il concetto di *qualitas* con quello di *causa*.

Il concetto di CELSO, passato nella *Glossa* come *qualitas praedii* (*idest fertilitas bonorum multorum, vel salubritas, scilicet herbarum multarum, vel amplitudo finium*), da AZONE e ODOFREDO fu trasformato in *habitus praedii*. Vero è che BALDO riconobbe poi necessario completare il concetto della *Glossa* chiamando *accidentalis* l'*habitus* od *habitudo* ed *extrinseca* la *qualitas praedii;* ma CUIACIO in seguito, ritornando al sistema di ACCURSIO e di AZONE, insistette sulla *qualitas inhaerens praedio*, mentre trasse sempre da CELSO l'idea che i *iura praediorum* siano *praedia ipsa cum suo habitu, statu, qualitatibus, veluti bonitate, salubritate, amplitudine,*

Digitized by Google

vel his contrariis ieiunitate, insalubritate, parvitate. Trovandoci in presenza di qualità inerenti al fondo e spiandone le funzioni principali o ausiliatrici, nella costituzione della servitù, noi prima di tutto ci domandiamo se sia valso qualche cosa a BALDO chiamare *intrinseca* la *qualitas* e *accidentalis* l'*habitus*. Forsechè ciascuna delle *qualitates intrinsecae* e ciascuno degli *habitus accidentales* sono requisiti sufficienti per dar vita giuridicamente ad altrettante servitù; e, se non tutte queste *qualitates* e questi *habitus* hanno una tale attitudine, a quali delle une e degli altri l'attitudine stessa può riconoscersi? Intanto, già a prima vista si comprende che non tutte le qualità di un fondo sono suscettibili del rapporto di servitù, perchè non tutte sono atte a produrre all'altro fondo un'utilità tale, che possa giustificare la costituzione di questo rapporto; per la qual cosa l'utilizzazione delle qualità del fondo serviente dipende non dalla sola natura e conformazione del fondo stesso, ma anche dal bisogno del fondo che si accinge a dominare. Così una qualità di un dato fondo, che può essere sfruttata da un altro fondo, può invece non presentare interesse di sorta per un terzo fondo che, p. es., si trovi in una zona territoriale diversa ed abbia una diversa struttura. D'altro canto, nel fondo serviente l'utilità non è già suscitata o creata, benchè così ritenga il BRUGI (1), al momento in cui viene l'occasione di utilizzarla in rapporto giuridico di servitù, ma preesiste a un tal momento, per quanto allo stato latente; la costituzione della servitù altro scopo non ha fuorchè quello di fornire l'occasione perchè una tal qualità venga alla luce e sia riconosciuta in un dato caso utilizzabile. Oltre a ciò tali *qualitates* possono essere utili per un fondo dominante, perfettamente inutili per altro fondo dominante, appunto perchè la qualità entra nella considerazione dello scambio delle utilità; per la qual cosa servitù prediale potrebbe chiamarsi la funzione giuridica della cessione economica di utilità o qualità utili da un fondo all'altro, pur senza distruggere l'attitudine economica principale della cosa serviente o le altre attitudini di essa. In terzo luogo il

(1) *Il requisito della utilità nelle servitù prediali;* in *Archivio giuridico*, XXXIII, pag. 237, 316.

Digitized by Google

concetto economico dello sfruttamento delle qualità del fondo serviente è unilaterale e neppure si applica nella generalità dei casi. Trattandosi, a mo' d'esempio, della servitù delle distanze dal fondo di confine, prescritte per le piantagioni, non si comprende quale utilità e quale qualità il fondo dominante abbia a sfruttare nel fondo serviente, anche quando la servitù sia convenuta per aumentare o per diminuire il vincolo fissato dalla legge. Questi limiti e queste regole, quando si tratta di servitù legale, non rispondono, può soggiungersi con una certa efficacia, a veri e propri criteri di servitù, quanto piuttosto a concetti di coesistenza di varie proprietà in una data zona; mentre, nei casi di vera servitù stabilita per libera convenzione sopra una materia di rapporti non disciplinati dalla legge, la causa della convenzione stessa altro non è se non l'intendimento di sfruttare le utilità del fondo vicino. Le qualità estrinseche, comechè inerenti al fondo serviente, e le abitudini accidentali di esso, del resto, anche se sono sfruttate ed in quanto sono sfruttate dal fondo dominante, non producono un'utilità la quale corrisponda perfettamente a quella che se ne traeva o che ne poteva trarre il fondo stesso serviente. Ma di ciò a proposito della trattazione del requisito di utilità.

Altre nozioni furono date della servitù, più o meno pedisseque alle sopra indicate. Bartolo (1), lamentandosi di non trovare nelle fonti romane la definizione di servitù, si rassegna a darne una definizione ch'egli stesso chiama probabile: *servitus est ius quoddam praedio inhaerens, ipsius utilitatem respiciens et alterius libertatem seu ius diminuens.* Che cosa è questo *ius quoddam praedio inhaerens?* non può estendersi a tutti i rapporti reali, cioè sopra fondi, p. es., all'enfiteusi e alla superficie? Dunque tutto si riduce a concludere: *servitus est ius reale, respiciens utilitatem praedii dominantis et diminuens libertatem praedii servientis.* Ma l'utilità da un canto, alla quale corrisponde la diminuzione di libertà dall'altro, è un concetto troppo vago e si può applicare a tutti gli scambi. Infatti io prendo a fitto una casa per una determinata somma, ed evidentemente durante il

(1) *Op. omnia,* fol. 181, libro VIII, *De serv., lex prima.*

Digitized by Google

tempo dell'affitto il proprietario non può disporre di quell'abitazione nè per sè nè per altri; quanto a me, io ricavo un'utilità dal fondo che ho preso a fitto, se non altro perchè l'abitazione propria mi risparmia le noie e le uniformità dell'albergo, alle quali sostituisco i miei comodi e la mia libertà. Infatti se il fitto non mi fosse conveniente e la casa non mi fosse utile, io non avrei certamente concluso il contratto. L'altro che mi ha dato a fitto la casa e ne ha, supponiamo, un'altra per sè, ha creduto bene di percepire un provento pecuniario dalla sua proprietà; in altri termini, anche per lui il contratto si è presentato come conveniente, cioè in condizione di utilità. Questo non è altro se non il fenomeno generale di tutti quanti gli scambi; anche nelle servitù vere e proprie, ossia stabilite per convenzione, un fondo si adatta a servire all'altro per un corrispettivo, ovvero a titolo di donazione, ma normalmente in forma onerosa, ossia non a titolo di donazione. In altri termini, il concetto economico fa capolino in tutte le convenzioni patrimoniali e non è punto una privativa della costituzione delle servitù; ed è appunto di utilità economica che si parla nella nozione bartoliana.

È naturale che i moderni andassero in cerca di una definizione, nella quale non l'aspetto economico generale, ma bensì l'aspetto giuridico speciale si manifestasse: e cioè di una definizione, in cui la qualità, l'abitudine, l'utilità non costituissero un concetto fondamentale, ma al più un concetto concomitante. Il solo GLÜCK (1), insistendo sul concetto di *qualità morale* (!) *di una cosa limitatrice della libertà del dominio*, concentrata nel *pati*, o nell'astensione dal fare, del proprietario del fondo serviente, tien fermo il concetto qualitativo anche nella definizione: *la servitù è un diritto reale che al titolare della medesima compete in virtù d'una qualità inerente alla cosa serviente.* Ciò equivale a dire semplicemente — *la servitù è un diritto reale;* — appunto perchè tutti i diritti reali non per altro sono utilizzati, se non per la qualità delle cose sulle quali cadono, e perchè non v'ha diritto reale che sia dato in considerazione di utilità diversamente prodotte e originate.

(1) *Pand.*, libro VII, tit. I, § 620.

Digitized by Google

Ora è chiaro che indicare la servitù con quei caratteri che sono propri soltanto di un diritto reale e di qualunque diritto reale, significa non dare neppure una nozione sufficiente, nonchè una definizione, della servitù stessa. Un passo più avanti fece lo SCHÖNEMANN (1), benchè senza cambiar via: egli, restando sempre nella sfera dei concetti economici, ritenne che *le servitù sono diritti reali sulle cose, senza aver riguardo se queste appartengano pure ad altre persone*, ed anche su cose senza padrone. Per quanto però chiami malamente in soccorso il § 42 dei *Fragm. vat.* e ritenga che le servitù prediali derivino da facoltà di godimento e padronanza della cosa, prima che su di questa sorgesse e si applicasse la proprietà come potere totale sulla cosa stessa, egli tuttavia prende le mosse dalla servitù di pascolo, che considera come personale e come più antica. Nella sua definizione, ad ogni modo, non si guarda ancora al contenuto giuridico della servitù, ma sempre ai confronti tra la posizione di fatto dei due fondi, indipendentemente dalle conseguenze giuridiche.

4. Un altro gruppo di definizioni è quello metafisico, che parte soprattutto dalla moderna scuola tedesca. Il BÜCHEL (2) credette che le servitù siano *diritti in realtà lontani dalla proprietà* (o staccati dalla proprietà); e lo ELVERS (3) ritiene le servitù come un *potere giuridico sopra una singola qualità della cosa altrui corporale, qualità che figura come sostanziale:* e il NEUNER (4) dice che gli *iura in re* sono *diritti sopra le attitudini di una cosa, disgiunte dalla cosa stessa e immaginate come cose indipendenti e sostanziali.* Anzitutto è necessario intendersi su questo carattere sostanziale che vuole attribuirsi alle qualità delle cose, sulle quali cade la servitù. O la qualità è di per sè sostanziale, o è accidentale, considerata come incorporata nella cosa sulla quale cade il diritto di proprietà da un canto e quello di servitù

(1) *Servituten*, §§ 1, 8.
(2) *Civilrechtliche Erörterungen*, ecc., III, pag. 8.
(3) *Dottrina romana delle servitù*, pag. 29.
(4) *Wesen und Arten der Privatrechtsverhält.;* Kiel, 1866, pag. 29.

Digitized by Google

dall'altro. Se è sostanziale, non occorre figurarsela come tale, ma basta conoscerla e comprenderla qual essa è: se non è sostanziale, tale non può divenire per effetto dello sfruttamento che se ne faccia a servizio d'un altro fondo: poichè, trattandosi della qualità di un fondo, si tratta di cosa obbiettiva nel fondo stesso e che non cambia natura se non cambia destinazione, per lo meno, il fondo al quale si riferisce.

Or supponiamo che si tratti d'una qualità accidentale, vale a dire transitoria. Supponiamo che, essendo la via pubblica guasta per una divulsione, non vi sia altro mezzo per portarsi da una parte all'altra del territorio, fuorchè attraversare una via privata, mentre che si sta rimettendo in condizione di perfetta transitazione la strada guasta. In questo caso si dirà che l'utilità che può derivare dal mio fondo per surrogare, colla via privata che lo interseca, la via pubblica ch'è guasta, non è se non transitoria, com'è transitoria la qualità e di quella strada e di quel fondo per essere adibiti ad un pubblico servizio, qual'è quello del transito generale. Or questa qualità transitoria, accidentale, è quella che impedisce la imposizione d'una *servitus itineris* sul fondo del privato, mentre, invece della *servitus itineris*, basta imporvi un semplice onere di passaggio finchè l'altra via non è pronta (della qual figura si parlerà più diffusamente a proposito della *causa perpetua* nelle servitù prediali), è sufficiente un'espropriazione temporanea d'uso per ragione di surrogato. Viceversa, quando si costituisse da un fondo all'altro un diritto di passaggio permanente, per aumentare i comodi del fondo dominante, e non come surrogato temporaneo di altro passaggio temporaneamente impedito ma che dev'essere ristabilito; in altri termini, in tal caso, non è l'interesse pubblico, ma l'interesse della comodità privata di un fondo quello ch'è causa della servitù: anche perchè, pur trattandosi di passaggio permanente nell'interesse pubblico, non si saprebbe dove trovare un fondo dominante e dove trovare una funzione vera e propria di servitù prediale.

Sulla distinzione tra l'imposizione della servitù da un canto e l'uso transitorio dall'altro, senza che vi possa esser un vero fondo dominante, si parlerà meglio a suo luogo. Intanto è d'uopo confermare saldamente come quella defini-

Digitized by Google

zione sia inesatta, perchè le attitudini o qualità della cosa altrui non si disgiungono dalla cosa stessa per immaginarle come indipendenti da quella e sostanziali: la qualità sostanziale è anteriore allo sfruttamento della servitù, ed infatti nelle cose immobili la superficie e il suolo sono due dati od elementi tanto sostanziali, che non se ne possono in alcun modo distinguere per vera separazione. Falso è poi che le attitudini della cosa debbano per la costruzione del concetto giuridico delle servitù essere disgiunte dalla cosa stessa: questo è un concetto impossibile, perchè in tanto le qualità di una data cosa possono recare utile ad altra cosa, in quanto formano parte integrante della cosa serviente e vi si considerano come inerenti. Il vero si è invece che questa qualità della cosa serviente in tanto entra nella costruzione del concetto della servitù, in quanto è sfruttata dalla cosa o fondo dominante: è dunque una qualità suscettibile di commercio e destinata alla vita di relazione, non già una qualità destinata alla vita e alla compagine del fondo stesso, e di cui questo non potesse privarsi senza rischiare la dissoluzione o la inutilizzazione completa al suo proprietario; oppure una diminuzione tanto sensibile della utilità economica derivante dalla proprietà, che questa di fronte alla servitù rimanesse come in seconda linea.

Se l'ELVERS credette necessario di concepire la qualità del fondo serviente come cosa sostanziale, il BÜCHEL (1) a sua volta ritiene che gli *iura in re* siano effettivamente staccati dal fondo stesso serviente. Ora tale distacco, preso nell'effettività della portata che gli si vuole assegnare, cioè alla lettera, condurrebbe alla creazione di un corpo speciale, che partisse dal fondo serviente per recarsi quasi ad aumentare il fondo dominante: in altri termini, sarebbe come effetto di un'avulsione fittizia, per cui l'impeto di un fiume immaginario distaccasse una qualità dal terreno o fondo serviente e la trasportasse consolidandola poi fisicamente col fondo dominante, o in questo quasi amalgamandola. Questo concetto, che a bella posta abbiamo esagerato spingendolo alle estreme conseguenze dell'analogia, è di un'assurdità lampante:

(1) Op. cit.

Digitized by Google

poichè il proprietario del fondo serviente non perde se non in parte la potestà di sfruttamento di quella qualità del fondo, sulla quale al fondo dominante è concessa la servitù, non riscontrandosi già in quest'ultimo la privazione completa, ma solo la diminuzione del diritto di sfruttamento di detta qualità. D'altra parte, se questo non è, cioè se la qualità della cosa, distaccata da essa, non va ad aggiungersi a mo' di alluvione sul fondo dominante, convien supporre che formi quasi un corpo a sè, dotato di propria esistenza fisica e materialmente completo: la qual cosa è più assurda ancora, perchè questo terzo corpo frapposto tra il fondo dominante e il serviente non si vede, non si avverte, in una parola non c'è. Il proprietario del fondo serviente conserva il diritto di passaggio come prima sulle vie del proprio fondo; ma questo passaggio egli deve condividerlo col vicino: il corpo del fondo serviente è sempre quello, è sempre egualmente utile per il suo proprietario, e prevalentemente utile per esso; tanto che il suo diritto di passaggio sul proprio fondo è illimitato, ma solo limitata n'è la *facultas prohibendi* a riguardo del terzo proprietario del fondo dominante.

5. L'Arnò (1), rilevando il concetto di Ulpiano, ma spoglio di ogni considerazione qualitativa, volle anzitutto contrapporsi al concetto metafisico germanico, sopra rilevato, che tanto la servitù quanto gli altri diritti reali consistessero nelle attitudini della cosa, considerate come disgiunte dalla cosa stessa: per lui *la servitù non è un frazionamento, una parte staccata del diritto di proprietà, ma un diritto per sè stante che limita la proprietà; la servitù diminuisce il diritto del cedente per accrescere quello del cessionario.* Però, quando si cerca di combattere direttamente un concetto metafisico, spesso si cade senz'altro, per via diversa, nella metafisica, e non di rado si perde di vista il concetto giuridico dell'istituto. Si dice che la servitù non è una *parte staccata del diritto di proprietà, ma un diritto per sè stante che limita la proprietà.* Se il diritto di proprietà si potesse sminuzzare in tante particelle costitutive, il concetto metafisico

(1) *Distinzione tra servitù rustiche ed urbane*, cit.

Digitized by Google

potrebbe meritare una rigorosa confutazione; ma, siccome il concetto di proprietà è giuridicamente unico e indivisibile, per quanto possa esser limitato e ridotto ai minimi termini, così evidentemente non può la servitù sorgere da uno sminuzzamento giuridico della proprietà. Per escludere questa idea basta dunque la considerazione della proprietà come di per sè unica. Se non è la servitù una parte staccata del diritto di proprietà, che cosa potrà esser dunque rispetto alla cosa sulla quale essa cade? *Un diritto per sè stante che limita la proprietà,* dice l'ARNÒ; ma ci sembra che con questo egli non dia piuttosto la definizione della servitù, che non anche quella di un altro IUS IN RE dalla servitù diverso. Noi cerchiamo invece una nozione caratteristica e differenziale della servitù considerata in rapporto della proprietà, della quale funziona in senso limitativo, e degli altri *iura in re* coi quali può anche coesistere. Oltre a ciò, il parlare di limitazione del diritto di proprietà a proposito della servitù non dà ancora l'idea dell'incidenza diretta di questo diritto sulla cosa; diritto di cui la limitazione è conseguenza. Infatti la servitù anzitutto è potere diretto sulla cosa altrui; e conseguenza di questo diritto su cosa altrui è prima di ogni altra cosa la diminuzione o limitazione dei diritti o del diritto del proprietario. È dunque necessario non confondere il fenomeno giuridico ch'è la conseguenza del rapporto precostituito di servitù, col rapporto stesso; poichè un tale rapporto di servitù è la causa della limitazione della proprietà e non l'effetto. Per renderci ragione dell'istituto nella sua vera portata, noi dobbiamo appunto risalire a questa causa e non possiamo trattenerci sull'effetto più che non lo consenta la ricerca della causa stessa.

6. Altre definizioni presero di mira sopratutto la distribuzione dell'uso tra la proprietà e la servitù, ossia tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente, sul fondo che forma oggetto della servitù. L'ARNDTS (1) chiamò servitù *quel diritto reale che colpisce in una maniera determinata (parzialmente) il godimento d'una cosa,*

(1) *Pandette.*

Digitized by Google

cosicchè la proprietà ne rimane limitata quanto all'uso a favore di una data persona o del proprietario di un dato fondo; e perciò ha per soggetto quella persona o si congiunge alla proprietà di un fondo che in certo qual modo ne appare il soggetto. Questa definizione non è nè completa nè esatta. Non è esatta perchè, se la servitù colpisse il godimento della cosa serviente, colpirebbe un diritto personale esercitato dal proprietario della cosa e non la cosa medesima, direttamente: sarebbe quindi una servitù imposta alla persona e sulla persona, e non alla cosa e sulla cosa; e tanto si potrebbe imporre a chi godesse di una cosa propria, quanto a chi godesse di una cosa altrui. Poichè il requisito fondamentale del patire una costituzione di servitù sarebbe il godere di una cosa, e il dover cedere parzialmente od accumunare in certi limiti, nel tempo stesso che se ne fruisce, un godimento siffatto all'acquirente della servitù. La proprietà qui non cade in discussione, fino a che non si sopprime la menzione espressa del godimento, lasciandola, com'è logico, assorbire dal concetto di proprietà; com'è vero che il godimento non è un diritto del proprietario della cosa serviente, e che nella pienezza del diritto di dominio resta naturalmente e giuridicamente assorbito. Oltre a ciò la definizione richiamata non ci dà alcun limite del godimento parziale attribuito al proprietario del fondo dominante sul fondo serviente, quasichè un tale godimento potesse essere eguale o superiore a quello del proprietario stesso; cosa che sarebbe impossibile, perchè, in caso d'eguaglianza, verrebbe a stabilirsi non una servitù ma una comunione di godimento o di possesso, e in caso di superiorità del diritto del dominante sul diritto del serviente, si verrebbe a rovesciare la posizione giuridica dei fondi, e converrebbe dire invece sostanzialmente ch'è il fondo serviente quello che per dominare un poco deve ricorrere al dominante e raccogliere quasi una briciola dal sopravanzo del godimento di esso. Nè da questa definizione si apprende se debba intendersi la proprietà serviente, limitata, sol perchè deve concedere una frazione del proprio godimento al fondo dominante; o se invece la proprietà stessa deve intendersi limitata perchè spogliata in tutto dell'uso di quella qualità su cui cade la servitù e ridotta solo all'uso o allo

Digitized by Google

sfruttamento delle qualità rimanenti. Il *modo determinato* dell'uso entra anche nella definizione del SERAFINI (1) e del GIANTURCO (2). Il SERAFINI mette in campo il vantaggio *esclusivo* della persona o del fondo dominante, e il GIANTURCO sopprime l'esclusività e lascia il puro vantaggio. Dice dunque il SERAFINI che la servitù è *un diritto reale sulla cosa altrui, costituito a vantaggio esclusivo di una determinata persona o di un determinato fondo, e consistente nella facoltà di usare in un determinato modo, vario a seconda dei casi, della cosa stessa.* È questa una definizione ancor meno determinata di quella dell'ARNDTS; perchè appunto accenna ad un modo determinato di uso, senza indicare neppure alla larga e nelle linee fondamentali in che cosa consista questa determinazione d'uso, e se la determinazione stessa si debba ai bisogni del fondo dominante, alla natura e alla utilizzabilità maggiore o minore del serviente, oppure alla convenzione o ad altre circostanze che regolino e disciplinino il godimento, l'uso o lo sfruttamento della cosa serviente, o le proporzioni per lo sfruttamento assegnato al dominante o per quello conservato al proprietario. Mentre è appunto questo che si vuol sapere: se e fino a qual punto il diritto del proprietario del fondo dominante possa o debba coesistere col diritto del proprietario del fondo serviente, o almeno quali siano i limiti più importanti che servono a disciplinare i rapporti economico-giuridici tra le facoltà del proprietario del fondo dominante e quelle del proprietario del fondo serviente. Questa definizione inoltre neppure ci assicura che la facoltà di uso accordata al proprietario del fondo dominante non possa intaccare la proprietà del proprietario del fondo serviente, e ne intacchi l'uso pur senza sottrarre completamente al proprietario stesso tutto il resto della facoltà di usare, fino a che l'uso di lui è compatibile col diritto della servitù.

---

(1) *Istituzioni di diritto romano;* Firenze, Cammelli, 1897, 1° volume, § 78, pag. 350.

(2) *Istituzioni di diritto civile italiano;* Firenze, Barbèra, 1893, § 49, pag. 119, 4ª ed.

Digitized by Google

Quasi egualmente indeterminata è la definizione del WINDSCHEID (1), il quale ritiene le servitù come *diritti su cosa altrui, cioè diritti reali, che abbracciano la cosa, sulla quale esse hanno luogo, non nella totalità dei suoi rapporti, ma soltanto in un singolo rapporto, o in più fra i suoi singoli rapporti.* Non ci spiega il WINDSCHEID come il diritto di servitù attacchi la cosa in un singolo rapporto; se cioè offendendo, e fino a qual punto, l'utilizzazione che della cosa stessa per quel rapporto fa o può fare il proprietario di essa. Insomma manca in questa definizione il concetto di quella misura economica del diritto, ch'è necessaria a determinare il contenuto e la natura del rapporto di servitù. Il concetto e lo scopo del WINDSCHEID è quello senza dubbio di far vedere come, accanto allo sfruttamento del proprietario del fondo dominante, deve restare sempre lo sfruttamento del proprietario del fondo serviente. Effettivamente questa non è nè più nè meno (a parte le parole dominante e serviente) che la definizione di un *diritto reale*, cioè, non come direbbe l'ARNDTS, semplicemente come di un potere giuridico immediato sopra una cosa corporale, ma come di un potere giuridico immediato sopra una cosa corporale di cui spetti ad altri il dominio (*ius in re aliena*). Anche il possesso di cosa altrui ha per oggetto un bene patrimoniale, la cui proprietà non è nel possessore; è quindi uno *ius in re aliena;* ed anche questo non abbraccia la cosa nella totalità dei suoi rapporti, poichè, a mo' d'esempio, non trasmette la facoltà di alienare la cosa o la proprietà della cosa stessa (*ius dominii, dominium optimum maximum*). E, siccome non v'ha diritto reale che investa la cosa altrui nella totalità dei suoi rapporti, perchè investirla nella totalità dei suoi rapporti equivarrebbe ad acquistarla o riceverne la trasmissione completa e non il puro diritto reale; è però evidente che la definizione del sopra citato pandettista non ci dà una idea chiara del diritto di servitù e lo confonde con tutti gli altri diritti reali, considerati non come diritti *in re propria* ma come diritti *in re aliena.* È dunque necessario conoscere in quale stato o

(1) *Pandette;* trad. FADDA e BENSA, vol. 1°, parte 2ª, § 200, pagine 241 e 242.

Digitized by Google

condizione rimanga il diritto di proprietà, accanto all'esercizio di questo diritto sulla cosa, che certamente menoma l'esercizio del *dominium optimum maximum;* e sopratutto è necessario conoscere se e per quanto resti ancora la prevalenza alla proprietà sulla servitù e all'esercizio del diritto dell'una sull'esercizio del diritto dell'altra; esercizio questo ultimo che certamente menoma il contenuto del *dominium optimum maximum.* È soprattutto necessario conoscere se e per quanto resti ancora la prevalenza alla proprietà sulla servitù e all'esercizio dell'uno sull'esercizio dell'altro diritto, grazie al rispettivo reciproco contemperamento.

7. Alla necessità di meglio indicare l'indole della servitù dai poteri che ad essa vanno congiunti coi poteri che vanno e che restano congiunti colla proprietà volle ispirarsi lo SCIALOIA (1), determinando che *servitù diconsi quei diritti reali, di contenuto determinato positivamente, in guisa che di fronte ad essi la proprietà della cosa che ne può essere oggetto ha sempre un carattere prevalente.* Si accorse dunque, prima di tutto, lo SCIALOIA che non occorre a proposito della servitù ripetere o richiamare comunque, più o meno direttamente, la definizione degli *iura in re,* appunto perchè, quando si è detto che la servitù è un diritto reale, non ci è bisogno d'altro. Il contenuto della servitù dev'essere determinato positivamente, dunque: vale a dire non si può affermare che una data servitù esista, se non risulta del suo contenuto per gli atti o le circostanze che ne determinarono od accompagnarono la costituzione; mentre si addice al concetto della proprietà avere un contenuto, determinato soltanto eventualmente dalle sue restrizioni. Ma appunto, siccome la pienezza del dominio presenta lo stato normale della proprietà, le restrizioni e al dominio e alla proprietà, comunque si voglia chiamare questo diritto completo sulla cosa e che abbraccia la cosa stessa in tutte le sue utilizzazioni economico-giuridiche, debbono essere caso per caso individualmente provate ai nostri occhi, perchè noi non possiamo più oltre restare perplessi sulla quantità del diritto e delle

(1) *Lezioni,* 1888-89.

Digitized by Google

utilità economiche che restano tuttora alla proprietà, e sulla quantità che invece n'è stata attribuita alla servitù costituita sulla cosa, della quale si tratta d'indagare lo stato di utilizzazione e di sfruttamento. La difficoltà sta tutta nel combattere l'opinione di coloro che, non abbastanza fiduciosi nella competenza e nella efficacia delle idee giuridiche, ritengono non potersi dare delle servitù se non un concetto negativo; cosa che può verificarsi davvero, quando non si ha cura di contrapporre lo stato della proprietà anteriore a quello posteriore alla costituzione della servitù; poichè, facendo accuratamente una tale ricerca, il contenuto positivo della servitù deve risultare matematicamente dalla differenza tra lo stato anteriore della proprietà e quello posteriore alla conclusione del vincolo; con questo di più per il concetto di servitù, che il risultato differenziale quantitativo, al quale si accennava, deve prender corpo e formare istituto, con tutti i requisiti che sono necessari per il funzionamento d'un istituto speciale e che tuttavia si trova in una certa connessione di provenienza e di oggetto con la proprietà alla quale si riferisce. Anche da questa nozione esula il concetto materiale, e, quasi diremmo, fisico, del funzionamento della proprietà: concetto che richiamò siffattamente l'attenzione dell'ARNÒ, da persuaderlo a includere nella definizione da lui proposta una parte essenziale e quasi polemica, per respingere appunto un tale concetto. Se la differenza tra la quantità dei poteri che sulla cosa si esercitano dal proprietario di essa prima della costituzione della servitù, e la quantità dei poteri che rimangono ad esercitarsi dopo, grazie appunto all'imposizione della servitù, noi diciamo che debba rappresentare il quantitativo della servitù stessa; ciò occorre perchè questo potere o questo complesso di poteri che costituiscono la servitù attiva possa avere un funzionamento specifico d'istituto a sè, non già perchè vi sia un distacco corporeo tra la cosa in quanto è oggetto di proprietà e la cosa in quanto è oggetto di servitù. Il corpo nell'un caso e nell'altro è sempre uno e identico; soltanto su questo corpo materiale sono contemporaneamente ammessi due istituti giuridici distinti, che rispondono a diverse forme di utilizzazione economica. Determinato positivamente il contenuto di quel diritto reale che si nomina

Digitized by Google

servitù, allora solo questo diritto è in grado di mettersi di fronte alla proprietà della cosa sulla quale esso cade: altrimenti, senza di ciò, non potrebbe in modo alcuno presentare una siffatta attitudine. Che del resto una medesima cosa si presti contemporaneamente alla fattura di due figure giuridiche diverse, non è nè nuovo nè strano e poi accade normalmente in tutti i *iura in re*. Non vi è d'uopo di por mano a sanzione alcuna giuridica; lo sfruttamento contemporaneo di una cosa in vario senso e per effetto di patti diversi è un fenomeno semplicissimo nella vita del diritto e che col suo aumentare rivela anche un progresso della civiltà, la quale, dal punto di vista economico, è caratterizzata per una sempre crescente utilizzazione delle cose che formano oggetto di attività e di godimento per l'uomo. I due istituti giuridici che sorgono dall'utilizzazione della cosa fatta dal proprietario e dall'utilizzazione della medesima fatta dal dominante in servitù, sono effettivamente destinati a vivere in forma staccata, benchè corporalmente immedesimati in una cosa stessa; perchè appunto non è una particella corporea che si stacca dalla cosa, ma una particella di diritto che si distacca dallo *ius optimum maximum* della proprietà piena. E questo distacco di diritti e non di particelle corporee dà vita appunto alla contrapposizione di un diritto reale di contenuto determinato positivamente in rapporto al diritto ottimo massimo della proprietà, che non ha limitazioni nè determinazioni di contenuto, se non in quanto soffre delle limitazioni, e appunto in rapporto alle limitazioni che soffre. Però, bene osserva lo SCIALOIA, malgrado questi diritti reali di contenuto positivo, contrapposti alla proprietà, la proprietà stessa deve serbare il suo carattere prevalente. La ragione di questa immanente prevalenza della proprietà, per aumentar che facciano i diritti reali e le servitù su di essa, è stata già in parte adombrata sopra col porre in vista che, se invece per un momento i diritti reali e i diritti di servitù sopraffacessero il concetto della proprietà, si rovescierebbe perfettamente la posizione; questi diritti reali supplanterebbero la proprietà, e forse, costituiti in una comunione immaginaria tra di loro o presi in blocco (diciamo comunione immaginaria appunto per mettere meglio in luce l'assurdità della situazione), acqui-

Digitized by Google

sterebbero a loro volta l'importanza di *iura optima maxima*, o, complessivamente, di *ius optimum maximum* con varie ramificazioni; mentre quella che prima era la proprietà diverrebbe ora nè più nè meno che un diritto secondario e quasi nominale, appunto perchè spogliato della maggior parte delle utilità sue e dei suoi attributi. Se a questa definizione della prevalenza della proprietà sulle servitù si vuole obbiettare che tenga troppo o troppo esclusivamente della veduta economica da cui risulta la prevalenza di un diritto sull'altro, si risponde che qui non trattasi direttamente nè essenzialmente di prevalenza economica, ma bensì di prevalenza giuridica. E prevalenza giuridica si ha appunto perchè e quando l'istituto della proprietà comprende una somma di diritti maggiore di tutti gli altri diritti sulla cosa, siano dessi di servitù o reali genericamente, presi insieme; ossia quando all'istituto della proprietà rimanga la facoltà di trasmettere *inter vivos* o *mortis causa* la cosa sulla quale questi diritti parziali cadono o il corrispettivo di essi, e di concedere nel tempo stesso altre utilizzazioni della cosa stessa per diritto staccato. Mentre, per quanto forte potesse essere un diritto frazionario, esso non avrebbe mai potere di sostituirsi alla facoltà di disporre della cosa serviente, quale è attribuita al diritto di proprietà, nè avrebbe il potere di concedere della cosa stessa ulteriori sfruttamenti a qualsivoglia titolo, appunto come potrebbe fare il proprietario. Questa definizione dello SCIALOIA però, è d'uopo confessarlo, benchè più delle altre determinata ed assai acconcia a fissare il criterio distintivo tra la proprietà e la servitù, lascia una grande lacuna, poichè, pure accennando alla determinazione positiva dei diritti reali, tuttavia non si cura di fare una tale determinazione, di esporre cioè positivamente il contenuto del diritto reale al quale la servitù si riferisce.

8. Tentò forse di fare questa determinazione il BRUGI (1), esponendoci che: *la servitù prediale non è che una convenzione tra vicini, perpetuata nella forma di un diritto reale frazionario del dominio, affine di derogare alla vicinanza*

(1) *Commento alle Pandette del* GLÜCK, pag. 20, *ad. h. t.*

Digitized by Google

naturale in vantaggio del fondo dominante. In questa definizione abbiamo concetti nuovi e che non si trovano nelle altre. Quanto alla convenzione, dall' espressione letterale e dal suono materiale delle parole del BRUGI sembrerebbe quasi che il legislatore avesse voluto identificare e confondere la convenzione col risultato della convenzione, col fine, coll'oggetto, col contenuto di essa. Ora la servitù evidentemente non è una convenzione più di quanto lo siano la proprietà, l'enfiteusi, il possesso: la servitù è un diritto, e un diritto sulla cosa. Il concetto del BRUGI è stato senza dubbio quello di escludere dal novero delle servitù le cosiddette servitù legali, ossia, com'egli dice, i rapporti di vicinanza naturale, ai quali egli contrappone i rapporti di vicinanza contrattuale, quali veri rapporti di servitù: pur senza curarsi di fornirci un'idea chiara e determinata della vicinanza e dei rapporti di vicinanza, come limitativi del diritto di proprietà.

Ma, sia pure che i rapporti di servitù non possano nascere che da convenzione (mentre, come vedemmo, pure escludendo i rapporti di vicinanza naturale, oltre che dal titolo convenzionale, la servitù può sorgere dall'usucapione e dalla destinazione del padre di famiglia), resta sempre fermo ch'essi non s'identificano già con la convenzione, ma ne sono il prodotto. Questa convenzione poi, secondo il BRUGI, sarebbe diretta a perpetuarsi: e qui si accenna senza dubbio al concetto della *causa perpetua* nelle servitù prediali. E la sua perpetuazione assumerebbe il carattere di un diritto reale frazionario del dominio: per la qual cosa è a ritenere, secondo la definizione del BRUGI, che il diritto reale sorge non già dalla natura ma dalla durata degli effetti della convenzione, la quale deve perpetuarsi. Or, se la convenzione deve perpetuarsi, poichè la perpetuazione è un concetto senza limiti di tempo, a qual punto dello sviluppo suo si potrà ritenere che cominci ad assumere veste e qualità di diritto reale? Ma il pretendere che un istituto al suo sorgere per mezzo della convenzione (la convenzione, notisi bene, è qui creatrice del negozio giuridico) assuma una veste, e dopo essere sorto, in un tempo più o meno remoto, e per semplice effetto della sua durata, senza il sopravvenire di circostanze nuove che modifichino il negozio stesso aggiungendovi altre deter-

Digitized by Google

minazioni o specificazioni giuridiche, assuma o rivesta una natura diversa, sia pure in via di complemento e d'integrazione, è tale un assurdo giuridico, che non si arriva neppure a comprendere. O il negozio era sin dapprincipio valido come costituzione di servitù, e allora non è punto necessario di por mente alle sue manifestazioni e alla sua evoluzione posteriore: o il negozio non diventò servitù che in seguito, cioè dopo la manifestazione di volontà (come accadrebbe nei negozi sotto condizione, i quali non si completano se non per l'avverarsi e al momento dell'avverarsi della condizione stessa), ed allora è questo momento che deve cadere in considerazione ed è su di esso che deve fissarsi l'attenzione del giureconsulto per determinare la vera indole del negozio giuridico che ne deriva.

Lo scopo della costituzione e della perpetuazione di questo diritto reale frazionario del dominio, che chiamasi diritto di servitù, sarebbe dunque la deroga alla vicinanza naturale, a vantaggio di un fondo e a danno dell'altro. Quest'asserzione è forse troppo assoluta e però inesatta. Se si tratta di rapporti di vicinanza, questi rapporti già per la loro causa hanno in sè molta parte di naturale, comechè sia riservato alle convenzioni umane di dar loro una od altra attitudine, una od altra configurazione. Quando dunque un diritto regolatore dei rapporti di vicinanza è costituito per libera contrattazione, vale la pena di rilevare qual parte in esso v' abbia che sia dovuta alla vicinanza naturale: e si troverà che la sostanza della convenzione anzi non importerà a questi rapporti di vicinanza deroga alcuna, perchè appunto in tanto la parte crede di ricorrere nel suo interesse alla disciplina giuridica del rapporto suddetto di vicinanza, in quanto una tale sistemazione convenzionale feconda e svolge con molta convenienza per il fondo dominante questi rapporti naturali ai quali nessuno intende di contrapporsi.

Il considerare le servitù convenzionali come deroghe alle servitù legali è un punto di vista assai pericoloso e fallace. Prendiamo, a mo' d'esempio, la cosiddetta servitù legale per il deflusso delle acque dal fondo superiore al fondo inferiore. Se il proprietario del fondo superiore patteggia col proprietario del fondo inferiore, nel senso d'impedire un tale deflusso,

Digitized by Google

ossia di far delle opere tali, per le quali una parte delle acque di deflusso non passi nel fondo inferiore stesso, in simile caso si ha una convenzione contraria ai rapporti di servitù derivanti dalla vicinanza legale? Se è questo il concetto del BRUGI, non si comprende davvero che cosa egli intenda per servitù; anzi deve concludersi che il suo è un concetto impossibile. Il proprietario può utilizzare tutte le acque che corrono naturalmente sul fondo proprio per effetto del displuvio, nè ha d'uopo di chiederne il permesso o di stringere convenzioni a questo riguardo col proprietario del fondo sottoposto, il quale anzi nella maggior parte dei casi, e salva eccezione di colture speciali, sarà ben lieto e ben grato verso il proprietario del fondo superiore che lo liberi da questo fastidio del flusso delle acque naturali. Se dunque il proprietario del fondo superiore vuol preparare il suolo per risaie, marcite, ecc., utilizzando tutta l'acqua piovana, che su di esso fondo cade, il proprietario del fondo inferiore non ci avrà proprio nulla che dire, nè indennizzi da domandare, nè azioni da sperimentare per denunzia di nuova opera. Oltre a ciò, la servitù non si perpetua, data pure la *causa* senza limitazione di tempo, sotto forma di diritto reale: il diritto reale è invece la sostanza del rapporto, anzi il rapporto stesso considerato in confronto dell'oggetto sul quale si dirige.

9. Il MAYNZ (1), studiando il contenuto della servitù, si riferì senz'altro alle restrizioni della proprietà aventi per oggetto la diminuzione della libertà illimitata che è *della natura* del diritto di proprietà. Secondo il MAYNZ quindi queste restrizioni, anche se derivassero dalla vicinanza, sarebbero *contro la natura* del diritto di proprietà; dappoichè è della natura del diritto di proprietà l'applicarsi senza restrizioni. Anche questo concetto ci sembra impossibile ed inesatto. È della natura del diritto di proprietà, come di tutti i diritti, niuno eccettuato, di presentare delle limitazioni o delle restrizioni rese necessarie per il contemperamento di un istituto con tutti gli altri istituti dell'organismo giuridico.

(1) *Cours de droit romain;* quatr. éd., tom. prem., § 124, p. 804.

Digitized by Google

Questo contemperamento, come quelle restrizioni che ne sono la conseguenza, derivano direttamente dalla natura; perchè la natura, ordinando uomini e cose al fine della convivenza e della vicinanza, implicitamente ha prescritto che questi fini sociali si raggiungano per mezzo del regolamento di convivenza e di vicinanza e con lo strumento pur di libere convenzioni, corrispondenti all'interesse dei vicini in ogni singolo caso determinato. Che lo stato di *ius optimum maximum* sia tipico del dominio e della proprietà, dal punto di vista dei poteri riservati al proprietario, è fatto che non si pone in dubbio: e specialmente per fissare il concetto assoluto del dominio di fronte e in confronto a tutti gli altri diritti sulla cosa, e per rendersi ragione dei poteri che il soggetto attivo della proprietà può esercitare sulla cosa ch'è in suo dominio. Ma, se limitazioni ci siano e per quante ce ne vogliano essere, l'essenziale è sempre che rimanga l'ossatura, lo scheletro del dominio con tale una quantità di poteri e di facoltà, che il diritto della proprietà rimanga sempre predominante sui diritti di servitù che gravano sopra lo stesso fondo. Questo concetto è proprio di tutti i diritti che affettano la cosa altrui, come si disse: e anche del possesso, di fronte al quale il diritto di proprietà rimane sempre come predominante. Pur tuttavia vi ha una differenza tra il predominio della proprietà di fronte al possesso e il predominio della proprietà di fronte alla servitù. Stando alle apparenze esteriori, chiunque vede taluno esercitare il diritto di possesso sopra una cosa, si figura se nulla v'è per allora in contrario, che il possessore ne abbia puramente la proprietà: appunto perchè la manifestazione apparente del possesso è identica alla manifestazione apparente della proprietà, fino a che non si tratta di alienare o trasmettere ad altri la cosa o le utilità della cosa diverse dalla fruttificazione naturale di essa; la quale fruttificazione naturale fino a quel punto solo cade in proprietà ed è soggetta alla libera disposizione del possessore. Invece, chiunque sorprenda il proprietario del fondo dominante nell'esercizio dei suoi diritti sul fondo serviente, non tarda a convincersi che il proprietario del fondo dominante non è, nè può essere proprietario del fondo serviente, appunto perchè non potrebbe esplicare logicamente alcun

Digitized by Google

diritto di servitù sulla cosa propria. Lo stesso dicasi, cambiando alquanto le basi del confronto con la proprietà, per il pegno e per l'ipoteca. Il creditore pignoratizio, benchè detentore della cosa pignorata, non ha, salvo patto in contrario, il diritto di usarne: e, appunto, dal normale non-uso della cosa data in pegno, l'osservatore della struttura e della manifestazione esterna di questo diritto si convince che esso non ha le apparenze della proprietà. La qual cosa ancor più e più notoriamente apparisce trattandosi d'ipoteca propriamente detta, ossia di garanzia reale sopra un fondo il cui possesso resta sempre nel debitore ipotecario. Nella superficie e nell'enfiteusi però, altri diritti sulle cose, e più strettamente del pegno e dell'ipoteca, rimane il pericolo di scambiare, per le manifestazioni dell'attività esteriore di sfruttamento sulla cosa, il superficiario o l'enfiteuta col proprietario della cosa sulla quale quei diritti sono costituiti: poichè quelli sono diritti molto vicini al diritto di proprietà e che non hanno mezzo di distinguersene esternamente, e per le facoltà al loro esercizio inerenti, e per il diritto di disporne tra vivi o *mortis causa*. Ma la differenza resta questa: che invece, dal punto di vista economico, tali diritti, che la giurisprudenza classica romana neppure pacificamente riconobbe quali diritti reali, hanno, per l'opposto delle servitù, la prevalenza sul diritto di proprietà, sia pure per una costruzione anormale dovuta alle vicende storiche della proprietà in generale e in ispecie della proprietà romana, dal concetto della quale sorse l'attuale nostro. E la prevalenza di questi diritti su quello di proprietà è non pure economica, ma giuridica altresì: poichè questa prevalenza si manifesta non solo nello sfruttamento normale della cosa su cui cade il diritto, ma anche nella facoltà di farne oggetto di *negotia*, scopo di azioni, fondamento di eccezioni. Ecco dunque come, trovandoci in presenza di diritti di servitù e del loro esercizio, noi comprendiamo subito di non avere a che fare col proprietario: mentre, trovandoci di fronte con diritti di superficie e d'enfiteusi, noi possiamo scambiare senz'altro il superficiario e l'enfiteuta per il proprietario, e trovandoci di fronte al diritto di possesso noi abbiamo esternamente le stesse manifestazioni del diritto di proprietà, fino alla

Digitized by Google

disposizione della cosa; disposizione per la quale appunto il possesso si distacca dal diritto di proprietà.

L'esercizio del diritto di servitù, normalmente, non può essere scambiato invece con l'esercizio della proprietà. Se io veggo, per esempio, un tale, che ha il diritto di passaggio sul fondo altrui, attraversare questo fondo senza intrattenervisi a oziare, a tornare sopra i suoi passi, ad assaggiarne i frutti, ed in semplici sembianze e portamento di passeggiero, comprendo subito che nel caso non si tratta del proprietario nè del possessore, e quindi non mi corre dubbio di avere a che fare con diritti diversi dal diritto di proprietà. In questi casi basta il colpo d'occhio. Il proprietario del fondo invece noi lo vedremo passeggiare a fronte alta, interessandosi ad ogni passo dei progressi della sua cultura e della fruttificazione delle sue piante; invece, osservando andare per la stessa strada il titolare della servitù, troveremo in lui la medesima indifferenza e fretta che si osservano in colui il quale percorre la strada pubblica, impassibile, a forza di attraversare abitualmente la strada medesima, fino alle bellezze materiali che l'orizzonte discuopre a lui.

10. I costumi dei singoli luoghi in Francia evolvettero soprattutto il concetto empirico della servitù, cioè il concetto delle facoltà e dei diritti alle servitù inerenti, nella loro manifestazione esteriore. La *coutume* d'Orléans dette agio al POTHIER (1) di definire la servitù, da parte di colui a cui favore è costituita, come uno *ius faciendi aut prohibendi aliquid in alieno*, oppure, di riscontro e da parte di colui contro il quale la servitù stessa si esercita, come un dovere di soffrire o di non fare qualche cosa nel suo. E la definizione non pecca certo di poca chiarezza o nel carattere pratico: infatti anche nell'ipotesi che il proprietario del fondo serviente sia obbligato a fare per secondare il diritto del proprietario del fondo dominante, questo suo onere di fare è sempre pedissequo e secondario del dovere maggiore, che è quello di tollerare che il proprietario del fondo dominante faccia. Se il proprietario del fondo serviente non si cura di adempiere all'obbligo, a

(1) *Coutume d'Orléans*, tit. 3, n. 1.

Digitized by Google

lui derivante dalla costituzione di servitù, di tenere il suo fondo in istato tale, da servire al proprietario del fondo dominante, non per questo deve dirsi che la servitù non debba essere attuata; essendo possibile il concepire che lo stesso proprietario del fondo dominante, salva l'emenda dei danni e il rimborso delle spese, ponga egli direttamente il fondo serviente in condizioni tali da potere ricavare quel profitto ch'egli per la servitù se ne ripromette. È pertanto giusto, in via di massima, ritenere l'inerzia del proprietario del fondo serviente e l'attività del proprietario del fondo dominante come criteri fondamentali per la distinzione tra l'essenza attiva e l'essenza passiva di una servitù. Da questo concetto esatto, per quanto empirico, delle funzioni del diritto di servitù derivarono l'art. 637 del Codice civile francese, il 548 del Codice albertino, il § 472 del Codice austriaco, l'art. 492 del parmense, l'art. 559 delle leggi civili delle Due Sicilie, l'articolo 221 del Codice ticinese, l'art. 531 del Codice civile italiano.

Nel nuovo Codice civile germanico è detto (§ 1105) che un fondo può esser gravato in maniera che colui in favore del quale il gravame è introdotto abbia diritto a prestazioni periodiche dal fondo stesso provenienti: e che il gravame reale può anche essere imposto a favore del proprietario attuale di un altro fondo. Dai gravami reali (*Reallasten*) passando alle servitù prediali (*Grunddienstbarkeiten*) quel Codice ammette (§ 1018) la possibilità che un fondo possa essere gravato a favore del proprietario attuale di un altro fondo, in modo che questi possa utilizzare il fondo stesso in qualche suo singolo rapporto, oppure che sul fondo serviente non si debbano eseguire certi atti, oppure che sia escluso l'esercizio di un diritto risultante dalla proprietà del fondo gravato verso l'altro fondo. E nel successivo § 1019 è detto che una servitù prediale può consistere soltanto in un gravame che offra vantaggio per l'utilizzazione del fondo dell'avente diritto: e che la servitù non può essere estesa al di là della misura risultante da un tale contenuto. E nel § 1020 che la servitù si deve esercitare col minimo fastidio del proprietario del fondo gravato. Delle cosidette servitù legali poi quel Codice si occupa in precedenza, prendendo in esame il contenuto

Digitized by Google

della proprietà. Come si vede, anche nel Codice germanico vigente si considera il gravame obbiettivamente, cioè a dire per le diminuzioni che subisce il fondo serviente e gli aumenti corrispondenti che ne ridondano al fondo dominante.

Il concetto era appunto troppo chiaro perchè non meritasse di essere largamente sfruttato nelle legislazioni; e, se pure riuscì poco teorico, non si può muover di ciò rimprovero a quei legislatori, i quali non erano certo obbligati a diffondersi su questo punto di vista nè troppo nè poco, lasciando alla scienza il còmpito che a questa sola più specialmente e più direttamente spetta.

Anche per rispetto ad una personalità, che così larga orma di sè lasciò nel campo degli studi economici, giuridici e filosofici, vogliam dire del ROMAGNOSI (1), è necessario occuparsi di una proposta essenziale, per la precisione, non tanto della definizione, quanto piuttosto della cosa o del concetto definito. Dice il ROMAGNOSI che il vocabolo *servitù* è *improprio* ed *inconveniente;* poichè più che di oneri, servitù, soggezioni, si tratta di *uffizi prediali scambievoli;* esser tempo di abbandonare il concetto feudale odioso di servitù per sostituirvi un concetto attinente ad un regolamento generale delle limitazioni al diritto della proprietà. A questa critica del ROMAGNOSI, che senza dubbio manca di originalità perchè non nasconde l'origine francese, si poteva dare una maggiore importanza come eco dell'enciclopedismo, dalla prima generazione del secolo da poco tramontato, appunto perchè la storia politica si dibatteva ancora tra le strette d'un passato che fremeva pel fanatismo delle restaurazioni e per l'affanno delle reazioni. Era sempre il pubblicista che nel ROMAGNOSI prendeva la mano sullo studioso del diritto privato. Lo studioso del diritto privato avrebbe osservato che uffici equivalgono a prestazioni graziose personali, anche se determinate sulla cosa; che la tolleranza, il *pati* sono uffici sino ad un certo punto, perchè non sempre nè in via principale comprendono una partecipazione attiva, anzi la escludono, per il contrario, nei casi più comuni e tipici. Lo studioso del diritto privato avrebbe notato che non tutte le servitù come

(1) *Della condotta delle acque*, parte I, libro II, § 9.

Digitized by Google

quelle che si dimandano servitù legali (della cui autenticità o meno, come di vere servitù, tratteremo meglio al luogo conveniente) rispondono ad un regolamento sistematico della proprietà, il quale, mentre è fissato dalla convenzione umana, sembra quasi precostituito alla convenzione stessa: anzi che talora, per la destinazione speciale dei proprietari dei fondi, sembra quasi che la convenzione voglia derogare al regolamento sistematico. A ciò appunto sembrò alludere il BRUGI, allorquando, nella sua definizione sopra richiamata, accennò alla *deroga alla vicinanza naturale* come conseguenza del carattere e dello scopo del frazionamento del dominio, prodotto dall'esplicazione dei rapporti di servitù, in via normale.

Però il ROMAGNOSI, quando parla di uffici prediali scambievoli, non dice con questo che lo scambio degli uffici debba essere ordinato ad una sistemazione generale degli uffici stessi; ma certo da una generale concezione, che non tiene conto della volontà dei singoli proprietari e della destinazione da essi attribuita ai fondi dominanti, è più naturale ripromettersi una costruzione sistematica, anzichè una costruzione libera di rapporti. Il sistema s'intravvede per entro alla estensione degli scambi di siffatti uffici: e da questo sistema si può argomentare che il ROMAGNOSI piuttosto ebbe la mente all'istituzione sociale della proprietà, anzichè agli istituti giuridici che si sono venuti formando pei detriti di questa istituzione sociale attraverso le varie fasi e maniere di sfruttamento economico; appunto per determinare le conseguenze giuridiche di un tale sfruttamento. Non intendiamo dire con questo che al giureconsulto non sia dato spaziare nell'ampia sfera delle istituzioni sociali; ma soltanto intendiamo che si tenga il debito conto delle opportunità economiche, le quali disciplinano e consigliano la trasformazione di simili rapporti di sfruttamento: poichè il diritto origina dal complesso dei fatti e delle manifestazioni che si presentano sotto l'impero del temperamento della volontà di ciascuno colla volontà di tutti, nell'orbita di una determinata destinazione od utilizzazione di due fondi costituiti in rapporto di servitù. È appunto l'interesse di questi fondi, secondo il modo di vedere dei proprietari dei medesimi, che determina la costituzione di simile rapporto; e di questo interesse non è giudice che il

Digitized by Google

privato, e ogni privato interessato può concepire un giudizio diverso da quello di altri proprietari che si trovassero in condizioni di esplicare il proprio diritto sul fondo stesso, nelle identiche condizioni di tempo e di luogo.

Dov'è dunque questo magistero di sistemazione, rispondente ad un fine unico, che si traduca nello scambio di uffici, talchè non si debba tener conto della parte positiva delle istituzioni, in modo prevalente, anche per fissare il concetto dottrinale delle servitù? Gli uffici sono prodotti del mondo morale, prestazioni di ogni specie, ma che, se pure ammettono uno scambio approssimativo, tuttavia non ammettono una traduzione concreta in corrispettivo rappresentato per denominatore comune di valore, ossia in prezzo: e, se non hanno prezzo, evidentemente non costituiscono utilità economiche.

Le servitù invece, benchè possano diversamente apprezzarsi a seconda delle persone che per esse formano oggetto di contrattazione (ciò è proprio bensì di tutti i fenomeni di scambio), tuttavia non escludono in verun caso il corrispettivo pecuniario o un corrispettivo di altre utilità economiche commisurate al valore pecuniario, che così serve come termine di confronto, quando pure non si traduce nel pagamento della somma che rappresenta un tal valore. Non sono le servitù dunque uffici, cioè a dire prestazioni d'ordine soltanto morale e senza alcun addentellato giuridico: hanno invece una portata giuridica, quale non hanno gli uffici; perchè questi ultimi, prodotti come sono da un atto di cortesia momentanea, non lasciano di solito traccia permanente, e, ad ogni modo, non implicano limitazione alcuna del diritto di proprietà se non a titolo gratuito e precario e senza impegni continuativi per l'avvenire, come pure senza perciò impedire dall'altra parte il ricambio allo stesso titolo. Chi rende un ufficio (un servizio), può anche donare cosa che ridondi in utilità economica; ma quest'utilità non viene punto in considerazione a proposito dell'ufficio stesso, che resta sempre per la sua struttura un fatto morale, le cui conseguenze sono bilaterali, ma da cui non sorge obbligazione che per una parte sola, cioè dalla parte di colui che rende l'ufficio. E poi si noti che il caso di prestare gratuitamente,

Digitized by Google

vale a dire a titolo di ufficio, un'utilità della cosa, è ben raro che accada con una serie molto ripetuta di atti: le più volte si tratta di facilitazioni che si dànno per una volta tanto.

Se io, a mo' d'esempio, chieggo al proprietario di un terreno che, in contemplazione della nostra comune amicizia, mi permetta di attraversare il suo fondo per accorciare la via ad un mio podere, al quale potrei tuttavia portarmi per la via pubblica compiendo un percorso più lungo e disagiato, e ciò per qualche cosa di eccezionalmente urgente che nel mio fondo mi chiami, il proprietario, nell'esaudire questa mia preghiera, intende rendermi un servigio, che in effetto è più d'indole morale che di utilità economica; egli deroga graziosamente al diritto che come a proprietario gli spetta, di cacciare gli estranei dal fondo suo e mi fa buon viso e mi accompagna fino al confine estremo del suo fondo, cioè fino al punto in cui io esca dal suo fondo per entrare nel mio o in quello di un terzo proprietario. Ora questo è fatto della stessa natura giuridica di quello per cui taluno riceve nella propria casa un estraneo. All'estraneo ch'è ricevuto in nostra casa per una visita di creanza, per trattare un affare, per una serata musicale o per qualsivoglia altra cagione (a meno che abbia dall'Autorità competente permesso di entrare nel nostro domicilio anche nostro malgrado), e poi, terminata la visita, se ne va da noi accompagnato per cerimonia fino alla soglia, non intendiamo già noi nè punto nè poco dare il diritto di ritornare a suo comodo (eppure questa espressione, se pronunziata formalmente, sembrerebbe persino l'accenno il più chiaro ad una servitù costituita, o che si costituisce, o si costituirà nelle dovute forme), nè dare il godimento di talune utilità che si trovano in casa nostra. Noi intendiamo dargli solo il piacere della nostra conversazione nelle nostre pareti domestiche, anzichè in luogo pubblico; e, se siamo altolocati, oltre al piacere, come suol dirsi, anche l'onore. Del resto, avendo da conferire con essolui per ragioni d'affari, l'appuntamento si potrebbe tra noi stabilire anche al caffè, al circolo, o per istrada: solo l'uso delle visite di cortesia e delle serate familiari porta quell'individuo tra i nostri piedi, soventi volte senza una utilità tale, che non possa da noi che ne

Digitized by Google

abbisogniamo essere conseguita in un modo diverso, e quasi sempre senza utilità economica diretta. Noi, ripetiamo, a quello individuo non vogliamo già costituire il diritto di tornare in casa nostra, o di godere della musica che vi si eseguisce, sempre, in tutte le serate fissate pel ricevimento; in altri termini noi non costituiamo per esso servitù alcuna. Solo il non cacciarlo dalla nostra casa, quando non ha demeriti verso di noi e finchè dura la sua onorabilità, è, nei giorni e nelle ore di ricevimento, una cortesia od un ufficio che noi rendiamo ad esso per galateo o per consuetudine. Allo stesso modo, dando per una volta il passaggio gratuito e grazioso a quell'amico attraverso al nostro fondo, non per questo noi rinunziamo al diritto di negarglielo per un'altra volta, oppure di concederglielo soltanto verso qualche corrispettivo; eppure anche in questo caso, cioè nel caso che non intendiamo accordarglielo più gratuitamente, noi per questa prima volta avremo reso un servigio all'amico, stante il diritto di padronanza assoluta ed illimitata sul nostro fondo, il quale è essenzialmente libero di ogni servitù a tal riguardo, e libero rimane anche dopo la prestazione del servigio che noi per una volta tanto consentimmo a rendere all'altra parte senza corrispettivo alcuno. Ecco dunque a che cosa si riducono gli uffici e come essi non costituiscano normalmente che prestazioni tutt'altro che economiche e mai ad ogni modo suscettibili di giuridica incarnazione o prima, o durante, o dopo la loro manifestazione.

11. A nostro modo di vedere, certamente la scienza non può acquietarsi nè alle nozioni empiriche, nè alle definizioni di cui lodammo le più cospicue, ma nelle quali tutte non mancò qualche difetto da correggere o qualche omissione da lamentare. Secondo noi, *dei diritti reali la servitù è quello che si propone di utilizzare nella cosa formantene oggetto una o più attitudini economiche positivamente determinate; senza per ciò presentare posizioni di fatto corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà, e in guisa da ammettere sempre la prevalenza di questo diritto.* Come si vede, in questa definizione si tende a distinguere, secondo i criteri indicati, la servitù dalle altre categorie di diritti reali;

Digitized by Google

mentre parecchie altre definizioni non si curano d'indicare nettamente i caratteri specifici di questi diritti. Nella definizione data or ora comincia anzitutto col mettersi in evidenza il lato economico della servitù, ossia lo sfruttamento, l'utilizzazione di talune attitudini economiche del fondo serviente; senza del qual concetto o all'infuori del quale, ogni definizione del contenuto delle servitù vagherebbe nell'indeterminatezza e nella falsità, perchè appunto i rapporti da proprietario del fondo dominante a proprietario del fondo serviente non hanno altra base all'infuori della base economica, essendo lo sfruttamento delle cose lo scopo ultimo oggettivo di ogni diritto reale. Evidentemente, lo sfruttamento della cosa sulla quale cade il diritto attivo di proprietà, per non attentare alla posizione economica riservata al proprietario della cosa serviente, non può mai esser tale da distruggere la cosa stessa o da guastarne la sostanza; in questo caso l'impiego, la destinazione o l'utilizzazione della cosa stessa non sarebbe economica. E benchè vi siano servitù le quali intaccano profondamente il suolo dei fondi, come per esempio la servitù di estrarre minerali, tuttavia esse cambiano l'utilizzazione, ma non distruggono la potenzialità economica del fondo, neppure nella parte dove è stato eseguito lo scavo; perocchè quel sottosuolo così, diciamo pure, guastato e frastagliato dal piccone per l'esercizio della servitù di scavo, è suscettibile di riempimento e di colmata per mezzo della terra circostante, oppure può essere convertito e sistemato in un vero bacino estrattivo di rendita permanente, oppure può servire come deposito di acque e via dicendo. L'intreccio di diritti di servitù col diritto di proprietà è materia che attiene alla destinazione del fondo e che quindi è di competenza esclusiva del proprietario o della legge che impone taluni rapporti di vicinanza, obbligatoriamente; dato e non concesso che questi rapporti stabiliti dalla legge siano dei veri e propri rapporti di servitù. Ora, quando si tratta di rapporti che si riferiscono alla destinazione di un fondo, quando lo sfruttamento economico del fondo stesso è base della costituzione di diritti, i quali non hanno già un contenuto illimitato, nè lo hanno limitato solo negativamente come la proprietà, ma hanno un contenuto determinato positivamente,

Digitized by Google

ossia con l'indicazione delle facoltà e dei poteri che vi sono congiunti; in tal caso è proprio indispensabile fissar la natura economica del fondo e delle sue utilità, della sua forza produttiva, della sua potenzialità di essere in uno stesso tempo sfruttato in vario senso. Nè per tanto il diritto diventa mancipio dell'economia, come non può dirsi mancipio di tutte le altre discipline che tendono a determinare e circoscrivere un dato stato di fatto, nella cui sfera deve muoversi e svilupparsi l'attività giuridica dell'uomo; il diritto deve pur determinare la base, il territorio dei propri movimenti, e quindi esaminare la posizione economica, cioè il valore di utilizzazione, l'indice di sfruttamento del fondo, per quanto occorre allo studio della figura giuridica di cui si tratta. A questo concetto prettamente economico non si sarebbe potuto sostituire che un succedaneo; vale a dire il concetto della diminuzione della libertà del fondo serviente o dell'aumento della somma dei diritti attivi del fondo dominante, ossia la nozione ulpianea della l. 5, § 9, in fin., Dig. 39, 1. Ma qui si può notare che questo aumento o diminuzione di libertà, aumento o diminuzione dei diritti attivi o delle attività è sempre un concetto piuttosto soggettivo nei proprietari dei due fondi, dominante e serviente, che non obbiettivo e intrinseco del fondo; e, come concetto in prevalenza soggettivo, è sottoposto ad una infinita quantità di variazioni permutative e di oscillazioni, a seconda dell'affezione dei proprietari. Dappoichè, quando noi diciamo che i fondi sono o non sono liberi, sono più o meno liberi, ci troviamo sempre di fronte ad un grande equivoco, ci lasciamo trascinare da una finzione introdotta forse per espediente di concisione, ma non rispondente alla vera natura delle cose. Un fondo, non avendo volontà nè organi attivi che possano muoversi nella sfera dell'ambiente giuridico (se se ne toglie la fruttificazione, che qui non cade in discorso e che è ad ogni modo un fenomeno di vita involontaria), non può essere nè libero nè servo, nè dominante nè serviente; ma in effetto è il proprietario di esso fondo colui che gode di una maggiore o minore libertà giuridica sul fondo il cui dominio gli appartiene. Nel cozzo dei diritti di due proprietari, cioè del proprietario del cosiddetto fondo dominante e del proprietario del cosiddetto fondo serviente,

Digitized by Google

deve aversi un resultato nel senso che di tanto guadagni l'uno, di quanto l'altro perde; è una commutazione dello sfruttamento delle utilità quel fenomeno al quale noi assistiamo; poichè, se in seguito alla imposizione della servitù, i diritti e le facoltà del proprietario del fondo dominante e quelli del proprietario del fondo serviente avessero a rimanere stazionari, il fenomeno giuridico sarebbe soltanto apparente, ma in realtà privo di pratica determinazione. Ora il fatto commutativo non può essere apprezzato se non con criteri soggettivi a ciascuno dei due proprietari che alla commutazione partecipano; mentre, quando si tratta di attitudini economiche positive di una cosa (talchè queste possano e non possano essere oggetto di sfruttamento a seconda dei casi e dell'interesse dei proprietari), si ha quì tuttavia qualche cosa di obbiettivo su di che fermare l'attenzione e lo studio del fenomeno giuridico di cui si tratta. Dovendosi cedere alla necessità di prendere a base della definizione un concetto economico, è ben naturale che si dia la preferenza al concetto obbiettivo, reale, delle attitudini del fondo serviente, sul concetto soggettivo personale, delle restrizioni e degli ampliamenti del diritto dei proprietari; tanto più che il concetto che di tanto aumenti il diritto del proprietario del fondo dominante di quanto diminuisce il diritto del proprietario del fondo serviente è un concetto che dal punto di vista economico lascia molto a desiderare, appunto per l'apprezzamento soggettivo della utilità, che in un proprietario può essere diverso dall'altro per tutte quelle ragioni che influiscono sulla utilizzazione soggettiva diversa di un medesimo oggetto. E questa mancanza di corrispondenza perfetta tra l'acquisto da una parte e la perdita dall'altra non è già l'effetto di detriti che si debbano attribuire alla cosa o ai detriti di essa, ma è per lo appunto la conseguenza necessaria di una tale varietà di apprezzamenti soggettivi, nei quali non si possono imporre leggi nè norme costanti obbligatorie. Un tale ragionamento può anche presentare una dimostrazione, diremo così, palpabile. In un medesimo fondo due proprietari vicini possono ritener conveniente l'acquisto della servitù di attingere acqua, nella stessa misura ed in pari condizioni di esercizio e di sfruttamento; e pur tuttavia dei

Digitized by Google

due l'uno può offrire di più e l'altro di meno come corrispettivo di un tale diritto. Nè il proprietario del fondo serviente è giuridicamente vincolato in modo alcuno per pretendere da entrambi la stessa somma, diguisachè il contratto fatto con uno di essi (a meno che in questo senso non preesista una convenzione speciale) vincoli il proprietario del fondo serviente a fare le medesime condizioni anche all'altro. Si tratterà forse di una convenienza morale, mai però di un vincolo giuridico; e ciò appunto perchè ciascuno è indipendente dall'altro nell'apprezzamento di un corrispettivo economico patrimoniale di una stessa utilità. Ecco la ragione per la quale il concetto soggettivo delle utilità è così poco stabile e determinato, da non meritare la preferenza sul concetto obbiettivo delle attitudini del fondo; qui si tratta di diritti reali e perciò la persona deve quasi scomparire di fronte alla cosa, su cui l'attività giuridica della persona si manifesta, sempre però in modo corrispondente alla natura e alla potenzialità economica della cosa stessa. Queste attitudini della cosa e il loro sfruttamento, come si determina poco dopo nella definizione stessa, debbono conciliarsi col diritto di proprietà e con la sua utilizzazione; in modo che appunto la prevalenza resti al diritto di proprietà, nello sfruttamento della cosa.

12. Altro concetto che determina meglio la portata del diritto di servitù in confronto colla proprietà e col possesso, si è che questa utilizzazione di attitudini del fondo serviente non deve avere l'apparenza dell'esercizio del diritto di proprietà; diguisachè a primo aspetto, anche restando nei limiti di una pura osservazione esterna e superficiale, debba e possa dirsi che colui il quale, in virtù di un diritto di servitù, sfrutta il fondo altrui, non ne sia evidentemente il proprietario (e lo vedemmo); dappoichè il principio del non essere ammessa servitù sulla cosa propria è così vero e profondamente radicato nella coscienza di tutti, che si manifesta quasi istintivamente nel contegno contemporaneo del proprietario del fondo dominante nell'esercizio del suo diritto di proprietà e del proprietario del fondo serviente nell'esercizio del suo diritto di servitù. La esteriorità delle manifestazioni

Digitized by Google

giuridiche, è ben vero, talora può non conciliarsi colla sostanza del diritto relativo; ma una tale sconcordanza significa una posizione anormale fomite di equivoci e giustamente ripudiata. La presunzione è che nella manifestazione della vita giuridica le apparenze siano consone alla sostanza e dalla sostanza appunto traggano la propria ragion d'essere. Quindi il terzo che s'incontra ad attraversare, anche come semplice spettatore, l'orbita di questi rapporti da fondo a fondo, giustamente si ripromette di avere nelle manifestazioni esteriori che cadono sotto ai suoi occhi la giusta rappresentazione dello stato di diritto che vi si connette; e da queste manifestazioni esteriori trae il mezzo per valutare i rapporti giuridici che a lui si presentano nella vita, anche quando toccano la sfera dell'altrui spettanza. Questa esteriorità in fondo non è se non una modalità (*modus*) dell'esercizio del diritto; una di quelle modalità che valgono a caratterizzare la natura e la portata del diritto stesso, e talmente s'incardinano con questo diritto, da diventarne quasi parte e complemento integrale; diguisachè senza una cosiffatta manifestazione esteriore vi sarebbe motivo per dubitare che si trattasse della servitù o di altro diritto reale, o dello stesso diritto di proprietà, o (forse più probabilmente, dappoichè siamo nel caso di manifestazioni esteriori) del possesso. Ed appunto, di fronte ai terzi, non di rado il titolare della servitù ha il dovere di non figurare (quale infatti non è) come possessore del fondo; al modo stesso che il possessore ha il diritto di escludere sovente di fronte ai terzi il titolare della servitù, comechè lo si veda accanto a lui nel fondo. L'atto di possesso è profondamente diverso dall'atto di servitù; e l'esercizio del diritto, come profondamente rivelatore della natura del diritto stesso, deve anch'esso essere sistemato in modo, che le apparenze esteriori non attribuiscano facoltà più grandi o più estese di quelle che possano considerarsi siccome inerenti al diritto di servitù e all'orbita della sua influenza. Con questo secondo criterio, desunto dalla esteriorità indiziaria di un diritto di servitù, si è esaurita la definizione, che ci parve di poter proporre, del diritto di servitù. Altri caratteri non ci è dato distinguere, all'infuori di questi segni esteriori e della conciliazione del diritto di servitù col diritto

Digitized by Google

di proprietà, nel principio ispiratore e nell'esercizio dell'uno e dell'altro di questi due istituti. Certamente, si potrebbe anche desiderare una definizione più precisa specialmente dal lato funzionale e giuridico; poichè, se si prescinde dalla considerazione economica, ciò che anche noi possiamo dire e diciamo della funzione giuridica della servitù ha molta affinità ed è quasi compenetrato con ciò che diciamo e dirèmmo di qualsivoglia altro diritto reale. Come si vede, ad ogni modo noi andiamo molto più in là del puro concetto negativo che il BUCHOLTZ (1) ammetteva per il solo possibile a riguardo delle servitù; e questo è merito soprattutto dello SCIALOIA, quando primo nella definizione da noi sopra riportata affermò decisamente la *determinazione positiva* del contenuto della servitù. Ridursi ad una mera concezione o costruzione negativa sarebbe equivalso ad una terribile confessione d'impotenza da parte della teoria giuridica; e questo appunto si volle e si vuole evitare, tenendo sempre in mira il fine supremo della scienza, cioè l'emancipazione dell'empirismo, al quale talvolta i Codici, e non senza ragione di opportunità, come vedemmo, si attengono. In materia poi di servitù, abbiamo il grande vantaggio del sistema seguìto dalla giurisprudenza romana per la ripartizione degli usi di una cosa; sistema che, guastatosi nel medio evo attraverso il feudalismo, finì poi per trionfare, grazie alla sua semplicità e chiarezza, grazie appunto alla sua constatata bontà (2). In tal guisa noi, partendo dalla norma che *il dominio rappresenta la generica e indeterminata potestà di una persona sopra una cosa, e l'« ius in re aliena » un potere su di essa specifico e fissato con limiti precisi* (3), giungiamo a renderci ragione di tutte le differenze tra la proprietà e i suoi diritti frazionari, e possiamo istituire dei confronti giusti tra l'una e gli altri, senza che nulla ci manchi per determinare il contenuto dei nostri istituti, man mano che dobbiamo passare alla determinazione di ciascuno di essi. Ap-

(1) *Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts*, 1831, n. 14.

(2) Così il COGLIOLO nella *Filosofia del diritto privato*, ediz. Barbera del 1891, pag. 200, § 23.

(3) COGLIOLO, loco citato.

Digitized by Google

punto una definizione ha il còmpito di fissare anche il programma e il metodo per le nostre ricerche, ossia il metodo di tutto quanto il lavoro, che, all'infuori della giurisprudenza moderna, non è in sostanza se non un lavoro di diritto comune; senza che perciò ci sia impedito ciò che anzi è parte essenziale dei nostri studi, vale a dire la ricerca delle modificazioni e delle trasformazioni che la giurisprudenza romana classica ha dovuto subire per giungere alla disciplina attuale e ai sistemi che oggi ci governano. Solo questo insieme di storia interna ci darà modo di apprezzare nel loro giusto valore certi fenomeni della vita giuridica delle nostre istituzioni; fenomeni che a prima vista potranno sembrare forse delle anomalie, ma che sono invece conseguenze normali e diritte di un simile ordine d'idee.

13. La servitù non deve confondersi colla comunione. Il concetto delle cosidette servitù legali è, ben vero, ravvicinato fortemente al concetto della comproprietà, ma la differenza sta in ciò: che la comproprietà è un diritto di più persone sopra una cosa stessa, dotato della medesima intensità per tutti e dotato di tali apparenze, che nelle manifestazioni di ciascuno non v'è nulla di prevalente o d'inferiore alle manifestazioni dell'altro o degli altri, se non forse per l'eventuale estensione del rispettivo diritto ad una disuguale superficie del fondo stesso; il che non porta cambiamento alla natura, ma solo nella portata quantitativa del diritto medesimo. Che il concetto della servitù fosse sôrto in Roma dalla distribuzione di un fondo unico appartenente allo Stato o alla comunità del villaggio tra più concessionari a titolo di proprietà, per mantenere i diritti di vicinanza prima assorbiti nel diritto ottimo massimo di un solo proprietario, già vedemmo: ed anche se gravato d'uso a favore dei singoli comunisti. Fu in seguito al regolamento di vicinanza, reso dapprima necessario nell'atto stesso della concessione per far possibile il riparto tra più concessionari, e quando il riparto derivante da tali concessioni era stato attuato in tutta la sua pienezza, che sorsero le libere convenzioni tra vicini per la costituzione di nuove servitù o la modificazione delle già esistenti; fino al punto che, grazie alla convenzione, per-

Digitized by Google

dutasi ogni traccia dei rapporti di vicinanza, si rese necessario un nuovo regolamento generale, e questa volta per virtù di legge, dei rapporti stessi presso a poco nella stessa maniera con la quale erano stati regolati *ab initio*, allorchè cessò la proprietà pubblica, dello Stato o del villaggio, sui fondi relativi. Non è peraltro ammissibile che questa apparente comproprietà su di una speciale attitudine della cosa, comechè, per essere necessaria e solo eliminabile a mezzo di una concessione speciale in senso contrario, possa apparire diversa dalle servitù vere (le quali anzi secondo il concetto del Brugi (1), in parte vero, sarebbero altrettante deroghe alle limitazioni legali), sia ritenuta una forma vera di comproprietà sul fondo altrui: se pure un tale concetto di comproprietà sull'altrui non si vuole spiegare come una conseguenza od un accessorio del diritto di proprietà sul proprio fondo, ch'è il dominante. Ma questa costrizione dei limiti legali si può ritenere più vicina al concetto della proprietà sul fondo dominante, al cui esercizio si rende indispensabile, anzichè al concetto della servitù sul fondo serviente; e perciò con un certo sforzo può anche concepirsi come da un punto di vista assimilabile ad una comproprietà parziale (cioè su una o più utilità speciali della cosa serviente) tra i proprietari di quei fondi che appartengono ad una medesima zona territoriale. Trattandosi invece di comproprietà piena su di un medesimo fondo, sarebbe tanto assurdo il credere che un comproprietario si ritenesse dominante sull'altro, quanto il ritenere che il proprietario potesse crearsi od esercitare per virtù di legge un diritto di servitù sulla cosa propria.

Nè la servitù deve scambiarsi con la comunione del muro, edifizio, fosso o siepe, ch'è una forma speciale di comproprietà. Vero è che una tale confusione è sanzionata dal Codice civile che ci governa (lib. II, tit. III, § 2), secondo il quale queste figure, che sono di vera comproprietà, sono tuttavia raccolte sotto la classificazione del cap. 2°, sezione 1ª, ossia delle servitù prediali stabilite dalla legge. Queste forme di comunione sono, è ben vero, determinate dalla posizione dei luoghi e delle costruzioni: ma una tal determinazione non

(1) Vedi definizione sopra riportata.

Digitized by Google

è esclusiva del diritto di servitù prediale. Che un muro possa essere divisorio tra edifizi, cortili, giardini, orti o campi, è cosa che non ha attinenza alcuna colla servitù: tanto è ciò vero, che in questo caso nè v'ha un fondo dominante, nè v'ha un fondo serviente, ma entrambi i fondi contigui sono nella pienezza della loro esclusività giuridica a favore del proprietario rispettivo. Così che per legge il tetto e le fondamenta, siccome necessari per tutti i piani della casa, siano considerati in comproprietà o comunione di proprietà tra i singoli piani, nel caso, p. es., che ciascun piano appartenga a proprietari diversi, è anche questa una posizione giuridica di nessun rapporto col concetto di servitù; poichè questa solo potrebbe immaginarsi, quando il tetto appartenesse al proprietario dell'ultimo piano e le fondamenta al proprietario del piano terreno. Meno che mai poi un tale concetto di servitù potrebbe appropriarsi ai fossi di scolo nel confine tra i due fondi e alle siepi e alberi di confine; in essi non si può concepire nè una servitù attiva, nè una servitù passiva; perchè non sono fondi, ma scorte o piantagioni, e quindi accessori del fondo e nel caso nostro di entrambi i fondi sul cui confine essi sorgono. E per avere una servitù che si estrinsecasse nello sfruttamento totale o parziale della pianta di confine, converrebbe avere questo diritto sul suolo in cui la pianta sorge; e cioè per una parte sul suolo altrui (il che non è, perchè il fondo vicino è libero da servitù vuoi convenzionali, vuoi legali) e per una parte sul suolo proprio; il che (come si è dimostrato e si dimostrerà meglio in seguito) è assolutamente impossibile.

Il vero è che in tutti questi casi non si hanno servitù legali, ma diritti reali (così chiamati in senso latissimo), che si estrinsecano sulla cosa comune, perchè accessoria di un punto neutro, oppure perchè formante parte essenziale di un corpo unico per la destinazione; e anzi si tratta del diritto massimo che si può avere sopra una cosa (cioè del diritto di proprietà), sebbene accomunato tra più persone. Se non si tratta dunque che di diritto di comproprietà, come va che il nostro legislatore civile ha posto le relative disposizioni sotto il capo delle servitù? L'esercizio del diritto di proprietà, trattandosi di una comproprietà indivisa, implica sempre,

Digitized by Google

osserva il RICCI (1), sul muro comune la coesistenza della comproprietà col diritto di servitù legale attiva: altrimenti non sarebbe possibile fare nel muro stesso delle opere a benefizio esclusivo del comproprietario che le fa e non degli altri comproprietari. Se con questo ragionamento il RICCI accenna alla *servitus tigni immittendi* (di cui agli articoli 551 e 552 Codice civile), sembra che abbia perfettamente ragione: il legislatore doveva separare tutto ciò che riguarda la servitù dell'immissione di travi, travicelli, chiavi, capi-chiavi, bolzoni e paletti da tutto ciò che attiene all'esercizio del diritto di proprietà o comproprietà. Ma deve osservarsi che il legislatore non poteva pensare, nè pensò certamente alla servitù dell'immissione, perchè appunto non è data servitù sulla cosa propria: talchè qui tutto si riduce ad un semplice regolamento della comproprietà; non essendo neppure possibile in una stessa persona il concorso del diritto di proprietà e del diritto di servitù sopra una cosa medesima. Questo riflesso è addirittura decisivo; per quanto la teoria opposta possa attestare poi la semplicità della sua costruzione dal punto di vista della servitù combinata con la comproprietà, il concetto della proprietà, siccome diritto completo, pieno e illimitato, comprende anche il concetto dell'immissione di questi manufatti, che può rientrare altresì giustamente nel concetto di medianità che si riscontra nella giurisprudenza francese (2).

A sua volta, volle lo stesso BORSARI, nel commento agli art. 546 e 547 (3), difendere il concetto di servitù nella comunione del muro, affermando che l'oggetto e lo scopo di questo istituto è di *definire i diritti e le obbligazioni di quei possidenti che si trovano in questo speciale rapporto legati fra loro a più e diversi effetti, in una condizione di servitù reciproca e invariabile nell'interesse dell'ordine pubblico;* che vi ha servitù *perchè nella intimità di simili contatti si è costretti a limitare l'esercizio della proprietà gli uni verso*

(1) *Trattato teorico pratico di diritto civile*, vol. II, § 375.

(2) Nella stessa dottrina francese si manifestò una corrente contraria a quella che ascrive tra le servitù la comunione del muro: infatti DURANTON (n. 299) riferisce questa comunione ai principî della proprietà e della comunione; e POTHIER ne parla nel trattato delle società.

(3) § 1110.

Digitized by Google

gli altri. Ma questa spiegazione si può appropriare anche ad un semplice regolamento dell'esercizio della proprietà tra comproprietari, o dell'uso tra utenti di una cosa medesima; e, sopprimendo il concetto ivi espresso a parole, di servitù, non è così univoca nel senso della servitù stessa, che a questa unicamente e inevitabilmente debba condurre. Quì non si tratta di limitazione del diritto di proprietà in forza di diminuzione delle utilità economiche dell'un proprietario e di aumento delle utilità economiche dell'altro proprietario: perchè in tal caso ciascuno dei comproprietari, mercè il *tignum iunctum* o l'*immissum*, esercita il suo diritto di proprietà: ma solo un tale diritto di proprietà è sottoposto a quei limiti di cui tratta l'art. 436 del Codice civile, nel senso che la legge vieta della proprietà un uso che sia dannoso o pericoloso all'esercizio del diritto dell'altro proprietario, e che, se pure vi ha servitù, la servitù è al più nella distanza dei cinque centimetri dalla parte ovvero superficie esterna del muro dal verso del proprietario comunista. Qui si ha una servitù delle distanze, come per chi pianta sul proprio presso alla linea del confine: ma allora queste disposizioni dovevano stralciarsi dal regolamento della comproprietà del muro e mettersi sotto il paragrafo successivo, cioè sotto il paragrafo delle distanze.

Altri probabilmente potrebbe sostenere invece che questa modalità delle distanze anch'essa altro qui non sia, che una manifestazione del contemperamento nell'esercizio del diritto di comproprietà, appunto e soprattutto per non distruggere la possibilità del diritto stesso e perchè il contemporaneo esercizio del diritto di proprietà, da entrambe le parti, non abbia a produrre una collisione, un cozzo diretto, ma non già perchè dei due proprietari l'uno sia dominante e serviente l'altro sullo stesso identico fondo; poichè questa condizione di cose, a tacer d'altro, causerebbe inevitabilmente nell'uno dei comproprietari una situazione di evidente inferiorità di fronte all'altro. Quanto agli edifizi, fossi o siepi comuni, nessuno ha tentato di giustificare sul serio l'errore della legislazione italiana nell'includere la relativa disciplina sotto la categoria delle servitù: tanto la cosa apparisce di per sè palese. E che la cosa sia più palese nell'ipotesi degli edifizi,

Digitized by Google

fossi e siepi comuni, e meno evidente nel caso del muro comune, non dipende da ciò, che la natura dell'istituto di cui si tratta diversifichi nell'una ipotesi e nell'altra, ma dal fatto che appunto (come osserva il BORSARI con altro intendimento) il contatto dei proprietari vicini è intimo, è un contatto permanente nei suoi incontri o nelle possibilità dei suoi incontri, nella sua contemporaneità, nella possibilità delle sue collisioni. I proprietari e gli inquilini (considerati per questo come rappresentanti o consorti dei proprietari rispettivi) sono disgiunti tra loro dalla semplice spessezza del muro, potendo essi sulla parte di rispettiva spettanza fare senza limite di sorta quelle operazioni superficiali che attengono all'esercizio normale del diritto di proprietà o di possesso. Per poco che, da una parte e dall'altra, entrambi i proprietari si mettano in mente di conficcare nella parete un chiodo nella stessa direzione in senso opposto, può accadere un incontro perniciosissimo, può verificarsi una specie di acutizzazione dei diritti, di pretese, di esercizio od uso della cosa propria, o posseduta, o usufruita, o sfruttata. Invece, nell'edifizio, le fondamenta e il tetto sono così lontani dal proprietario del piano di mezzo, che questi non ha neppure con la cosa che dovrebbe servirgli quel contatto che rende esternamente possibile lo *ius in re*. Nel fosso gli scoli dell'un fondo e quelli dell'altro si mescolano in una sola ed unica massa liquida, la quale, nella sua mescolanza, è, diremmo quasi, l'immagine della mescolanza della sfera giuridica dell'uno e dell'altro proprietario di una medesima cosa, nell'esplicazione del diritto di comunione. La siepe e l'albero comune, per gli stessi coefficienti che offrono di destinazione e di sfruttamento, rendono impossibili le funzioni del dominante e del serviente.

14. Vi sono altre posizioni che assomigliano alle servitù ma servitù non sono: p. e., gli usi civici di pascolo o pascipascolo, o pensionatico, il legnatico, il macchiatico ed altri simili usi civici sul territorio, vigenti *ab antico* nella Svizzera, nella Scozia, in Toscana, nella Lombardia, nel Veneto e nelle Marche. Le servitù di pascolo e legnatico furono abolite nelle provincie ex-pontificie con legge 24 giugno 1888, n. 5485: della quale con la legge 2 luglio 1891, n. 381, fu fatto

Digitized by Google

un testo unico approvato con decreto 3 agosto 1891, n. 510. Questi usi civici, che il CATTANEO (1) attribuì esattamente ad una speciale legislazione possessoria, non sono nè punto nè poco servitù prediali e non hanno che fare propriamente neppure con la sistemazione agricola del territorio; appunto perchè la pastorizia, come unica utilizzazione della terra, vuol ritenersi siccome anteriore all'agricoltura e risale all'epoca pre romana, in cui l'idea del diritto di proprietà non si era ancora specificata nel campo giuridico, staccandosi dal libero e tumultuario sfruttamento delle terre. A noi non appartiene occuparci qui dell'opportunità di abolire o di mantenere siffatti diritti, oppure di mantenerli soltanto sui monti e sulle terre sterili e di abolirli invece nelle pianure e nelle terre utilizzate. Per noi basta constatare che questi diritti non avevano, come non hanno, nulla a che fare nè coi rapporti di vicinanza nei predî, nè in qualsiasi modo con predî; perchè l'uso del pascolo è dato unicamente a chi possiede un gregge, e chi possiede un gregge non è necessario possieda anche una terra: mentre l'uso del legnatico è proporzionato da suo canto ai bisogni della famiglia dell'utente, il quale può anche dimorare entro l'abitato del Comune o nella frazione del Comune che noi possiamo immaginare la più lontana possibile dal bosco dove si deve legnare. Ma, allora, sono forse servitù personali questi diritti di pascolo e legnatico? Neppure un tale quesito ci riguarda: la scuola dei commentatori le avrebbe forse chiamate servitù miste, siccome dovute *a re ad personam;* forse idee più progredite avranno ragione di considerarle come detriti dell'antico condominio (2), forse in

(1) *Memorie d'economia pubblica sul bonificamento* di MAGADINO. V. anche, oltre agli autori citati nella bibliografia, e sempre in linea secondaria: LAVELEYE, *Des formes primitives de la propriété*, Paris, 1882; ROSCHER, *Economia dell'agricoltura* (tradotto nella « Biblioteca dell'economista », serie 3ª, vol. 10); VALENTI, *Vantaggi e modi di essere delle comunanze nelle Marche* (*Inchiesta agraria*, vol. x, cap. 17); CASSANI, *Le partecipanze nelle Romagne.* Vedi altresì FREZZINI, *Sull abolizione delle servitù di pascolo, legnatico e simili nelle ex-provincie pontificie* (Castelplanio, Romagnoli, 1889) ed autori ivi richiamati.

(2) Per lo stato della dottrina moderna sui pascoli comuni nel diritto romano, nel diritto germanico e nel diritto italiano, si può consultare con molto frutto l'appendice del BRUGI alla traduzione del § 681 del

Digitized by Google

parte non avranno torto neppure coloro che sulle orme dei concetti della grande rivoluzione francese vi scorsero odiose vessazioni del sistema feudale (1) che avrebbero dovuto scomparire coll'alito della nuova civiltà.

Come poi questi diritti avessero camminato parallelamente nel territorio e nel Comune, oppure come dall'organizzazione feudale si fossero trasportati nei demanî comunali e a favore degli abitanti del Comune, è argomento che non si deve trattar quì e che ha attinenza sopratutto colla storia del periodo feudale e comunale del diritto, e con quella della proprietà nell'uno e nell'altro periodo. Senza dubbio, l'esercizio dei diritti di pascolo da parte dei comunisti avrà dovuto naturalmente portare di conseguenza una sistemazione speciale della viabilità almeno dei terreni vicini, per i quali doveva passare il gregge portato al pascolo comune nel terreno incolto spettante al patrimonio della comunità considerata collettivamente. Lo stesso sarà dovuto accadere in Roma per l'*ager compascuus*, ossia per il territorio lasciato non ripartito dai ripartitori dei fondi, perchè servisse di pascolo comune tra vicini, rimanendone però sempre proprie-

---

libro VII, tit. 3, delle *Pandette* del GLÜCK. Egli prende le mosse dalla definizione del *compascuum* germanico dato dall'HELLFELD (*ius quo diversorum praediorum dominis in suis fundis reciproce vel in tertii fundis coniunctim pascere licet*), che ritiene insufficiente dal lato giuridico, e ci presenta quindi i *compascua* romani richiamando le pertinenze immobili e comuni a più fondi, accanto ai pascoli e boschi pubblici o assegnati alla colonia come persona, o assegnati fuori di limitazione all'*ordo* dei coloni o attribuiti in comune ai vicini possessori; in questo ultimo caso anche persistendo su di essi pascoli o boschi il diritto eminente della colonia. I *compascua* e i *subseciva* restavano, secondo i gromatici, come relitti di terreno non assegnati, ed erano utilizzati soltanto dai prossimi possessori: la qual cosa confermerebbe l'esclusione del concetto di servitù ed affermerebbe il concetto di comunione o di comproprietà sul pascolo comune. Del resto un tal concetto sembra ripercuotersi anche, per la reciprocità dei pascoli, nell'art. 682 del cod. civile, ch'è sotto il titolo della comunione.

(1) Carlo D'Angiò, a mo' d'esempio, come ci ha tramandato la storia, dava a fitto le sue terre e faceva pascolare i propri armenti sulle campagne altrui, per quanto fiorenti: altrettanto molto probabilmente avranno fatto, comechè in minori proporzioni, i baroni provenzali suoi feudatari.

Digitized by Google

tario lo Stato; per accedere col gregge a questo pascolo occorreva certo ordinare una viabilità di accesso. Rimane anche a provare che questi usi civici fossero esclusivamente sui fondi di proprietà privata e a favore dei comunisti, o esclusivamente su fondi di proprietà comunale e a favore di comunisti; oppure che il diritto potesse configurarsi indifferentemente in un modo o nell'altro. Che anzi il concetto del compascolo italiano, come derivante dal compascuo romano, si attaglierebbe appuntino colla costruzione di questi diritti d'uso coerentemente alla costruzione o ripartizione della proprietà o dei possessi. Ma non è nostro còmpito il ricercare quì la configurazione dei passaggi all'infuori delle servitù prediali, e per quanto l'*ager compascuus* possa avere di analogia con le servitù, malgrado la non necessità dei rapporti di vicinanza: che se i gromatici hanno potuto confondere, come hanno fatto persino i trattatisti e i legislatori moderni, per ragioni di semplice empirismo, siffatti usi con le servitù prediali vere e proprie, non conviene poi esagerarne l'importanza nella materia giuridica, fino a snaturare l'indole di servitù prediale, attribuendo ad essi il concetto di una *quasi-proprietas* o d'una specie di servitù su cosa pubblica. Ma se basta il semplice concetto d'uso comune o d'usufrutto, forse con più precisione (secondo l'opinione di POMPONIO, in l. 22 pr., Dig. 7, 8), a spiegare il compascolo, quale necessità v'è di lambiccarsi il cervello per sofisticare nei rapporti di proprietà o di servitù, con uno sforzo visibile per figurarsi nella proprietà o nella quasi-proprietà il concetto d'uno sfruttamento parziale d'una sola attitudine e non di tutte le attitudini della cosa? Non si doveva comprendere che a questo modo, per correr troppo dietro all'empirismo dei gromatici, si rischiava di distruggere il domma della proprietà come *ius optimum maximum?* Per le servitù, se di servitù prediali s'intende parlare, manca ogni elemento; e non pure della servitù, ma e dello stesso diritto reale: anzi manca la possibilità del diritto reale, perchè il compascuo in tanto può essere sfruttato dai singoli, in quanto, per la sua destinazione attuale secondo la configurazione del suolo dopo e per effetto delle *adsignationes*, rimane la proprietà dello Stato stesso, o della colonia, o del municipio, o della comunità degli utenti,

Digitized by Google

considerata come persona per sè stante e indipendente così dal Comune come dai singoli suoi componenti, che del Comune politico sono anche membri, e come tali hanno preso parte alla ripartizione e conseguentemente all'uso del compascolo. E ciò mentre, come si disse, per l'utente, un tal diritto non è subordinato al possesso di alcun fondo.

Resta dunque stabilito che nel presente trattato noi non ci occupiamo nè della medianza coattiva del muro divisorio, nè del fosso, siepe, albero comune, nè del pascipascolo, legnatico, macchiatico e simili, se non in quanto questi rapporti giuridici possano avere connessione colle servitù legali; partendo per la comunione dal concetto ch'essa trovasi in alternativa colle limitazioni legali delle distanze, e per gli usi civici osservando che il loro esercizio richiede la sistemazione delle comunicazioni, ossia il regolamento della viabilità necessaria per l'accesso.

15. Le facoltà di coercizione e di bando, e, in genere, gli oneri reali sui fondi furono nel medio evo e attraverso tutta l'epoca feudale assai volentieri confuse colle servitù prediali vere e proprie. Siamo in pieno diritto germanico (*Zwangsgerechtigkeiten* o facoltà coattive e *Bannrechte* o diritti di bando); ma appunto trasportandoci là dove più a lungo e più intensamente perdurarono questi diritti feudali, noi possiamo essere quasi sicuri di farne il debito apprezzamento e di trovare quasi la soluzione tipica per tutti gli altri casi e per tutte le altre figure di diritti modellati sul feudalismo e diretti sui fondi. E dall'esame di questi istituti giuridici noi potremo ricavare se ed in quanto possa ammettersi o si ammettesse nel medio evo il concetto di *servitutes in faciendo*, contrariamente agli insegnamenti del diritto romano e con una spiccata tendenza autonoma, che poi abbia influito sul moderno concetto di servitù, presso di noi e altrove.

Or dunque per facoltà di coercizione, secondo il GLÜCK (1), s'intende il diritto di vietare ad una persona di procurarsi,

(1) *Pandette*, libro VIII, tit. I, § 659. Vedi anche nota relativa del BAUGI.

Digitized by Google

altrimenti che dal titolare del diritto stesso, il soddisfacimento di taluni bisogni; e questa facoltà, quando è applicata in rapporto a tutti gli abitanti di una determinata circoscrizione territoriale, prende il nome di diritto di bando. In altri termini, queste facoltà si concretano in diritti di proibizione (*iura prohibendi*) e non consistono punto *in faciendo;* come p. e. nel caso che si possa costringere all'acquisto del sale solo dalla privativa dello Stato, a macinare solo in un dato molino, ad acquistar birra solo da un dato produttore e via dicendo; oppure nell'obbligo assunto od imposto di comperare ogni tanto una data quantità di sale, di macinare ogni tanto una data quantità di grano, di acquistare ad ogni tanto una data quantità di birra, sempre dagli stessi produttori. È facile vedere tuttavia che esse, propriamente, non hanno a che fare colle servitù prediali, perchè non si hanno rapporti di vicinanza, non includono restrizione al diritto di proprietà fondiaria; il vincolo non deriva dal fondo ma da rapporti di appartenenza personale a un dato territorio, la limitazione negli atti *merae facultatis* produce in chi soffre la coercizione un diritto al corrispettivo dall'altra parte e in mancanza libera il coercito da ogni coercizione.

Anche tratteggiando la storia del diritto comune, direttamente derivato dalla fusione dell'elemento romano coll'elemento barbarico, si trova una quantità di oneri reali, che malamente i pratici, per non trovarsi in possesso di regole speciali determinate, intendevano a disciplinare coi principî di diritto romano relativi alle servitù. Tali oneri erano i diritti signorili ordinari (forni, molini ad acqua o a vento, ecc.) e straordinari (*angherie* e *perangherie* in occasione di vendite, infeudazioni e censi), i diritti d'*affectation* o di prelazione nella vendita di una foresta in favore degli esercenti officine nelle vicinanze, il diritto beneficiario, il privilegio, i censi, le decime, l'aspetto o introspetto attivo o passivo sui conventi di monache, le prelazioni e il retratto coattivo e prelativo, i *Reallaste* od oneri fondiari. In Francia la parola bando (*ban*) significò per lungo tempo diritto signorile o diritto esercitato anche contro e in confronto al signore; nella consuetudine borgognona si applicava al pascolo comune e si riteneva il signore in obbligo di prestarvisi; nella Marca

Digitized by Google

si aveva per consuetudine il *ban-arban* (art. 134); nella consuetudine di Perona avevasi il *ban de moulin*, ossia il distretto del mulino feudale (art. 14); in quella di Sedan (art. 305) e nelle ordinanze del ducato di Bouillon (art. 379) si trova invece la parola *ban* nel senso di territorio della giurisdizione comunale. È dunque evidente che in Francia il concetto territoriale governava questi rapporti o diritti dei signori verso il popolo o del popolo (e specialmente dei borghesi della città) verso i signori o feudatari; ma sarebbe interessante il determinare possibilmente con approssimazione i rapporti che corrono tra questo concetto di onere territoriale feudale e il concetto romano della servitù prediale.

Per avere un saggio di questi rapporti è necessario, crediamo, prima di tutto farsi dal concetto del diritto reale in Roma e del diritto reale e corrispondente godimento (*Gewere*) sulla cosa in Germania. Per noi, in diritto romano, il primo concetto del diritto reale dev'essere necessariamente sôrto per la ripartizione in singole proprietà o *heredia* del territorio spettante allo Stato; per cui nella divisione, come vedemmo, si dovette anzitutto riconoscere in ciascun lotto una serie di limitazioni legali dovute alla necessità di render possibile l'esercizio del diritto sui lotti vicini. Ecco dunque che il primo concetto di diritto reale storicamente deriva dal concetto di servitù.

Ma il quesito per noi ora rilevante è quello dei così detti diritti di oneramento dei fondi, per cui, a riguardo di un fondo, un tale proprietario è obbligato, forse per la *lex aedium*, all'*onus reficiendi parietem*, di cui si parlerà più propriamente a proposito della *servitus oneris ferendi*, e consimile obbligo grava sul proprietario del fondo ch'è oggetto di *superficies*; ed anche, nel caso di fondi tributari, il concessionario incontra per l'onere della cosa una obbligazione personale di gius pubblico, come nell'ipotesi di canone enfiteutico e forse anche (ma il risultato è controverso) nel caso di superficie. Ora il concetto di peso, cioè di oneramento reale del fondo, sussistette a lungo, ed anche sin dal periodo repubblicano, accanto al concetto di vera e propria servitù, in modo da rendersi entrambi questi concetti capaci di amalgama nell'istituto della *servitus oneris ferendi*, grazie alla *lex rei*

Digitized by Google

suae dicta. Importante è ad ogni modo il constatare come anche questa prestazione continuativa ed obbligatoria pel proprietario del fondo serviente avesse carattere principale e fosse richiesta con la stessa azione data per la servitù, e anzi si chiamasse servitù addirittura; ed è tanto importante, in quanto da tale evoluzione giuridica dal diritto vero e proprio di servitù, originario per la divisione delle terre, si fosse poi venuto in Roma a questa serie di oneri reali senza che le fonti prevedessero nè punto nè poco la possibilità di gravare gli immobili con prestazione continuativa. Lasciando l'ulteriore sviluppo di tali quesiti alla sede più opportuna, concludiamo qui riportando l'opinione predominante sulla differenza tra il modo di concezione della servitù in diritto romano e in diritto germanico: che cioè in diritto romano la sola proprietà importava un vero diritto di signoria (*ius optimum maximum*) sulla cosa che vi era soggetta, e tutti gli altri diritti sulla cosa non erano che *iura in re aliena* a carico della proprietà, mentre nel diritto germanico ogni facoltà di godimento effettivo (*Gewere*) sopra cosa immobile originariamente era trattata come pieno diritto di signoria sulla cosa, ed i singoli diritti reali portanti all'effettivo godimento si equivalevano, solo distinguendosi tra loro per la specie e massimamente per la maggiore o minore durata secondo la destinazione ricevuta. E *Reallaste*, pesi cioè ed oneri reali (*servitutes iuris germanici*), erano poi istituti misti di diritto privato e pubblico, legati bensì ad una determinata sede e ad un determinato luogo, ma non gravanti direttamente su questo luogo, bensì sui proprietari o su persone aventi con quel luogo un determinato rapporto giuridico: non rappresentavano affatto dei diritti reali, ma potevano formarne oggetto e dar vita alla *Gewere* relativa. Oltre ai *Reallaste* anche altre figure di diritto in relazione con fondi facevano parte della categoria delle *servitutes iuris germanici.*

Ma questo diritto tipico e originario del diritto germanico sarebbe stato modificato con la recezione del diritto romano, nel senso che i diritti reali non si sarebbero più intesi come astrazione del godimento sulla cosa, ma come oneri della proprietà altrui; introducendosi appunto i *iura in re aliena* anche per la trasformazione dei diritti su cose

Digitized by Google

incorporali o su semplici facoltà giuridiche (*Rechtsame*), le quali da oggetto di semplice godimento sarebbero divenute oggetto di una vera *iuris quasi possessio* contemporanea alla *possessio* della cosa corporale, su cui il godimento cade (1). Dal diritto germanico poi questo concetto di oneri reali assimilabili alla servitù si sarebbe tradotto, sempre colla sua indole prevalentemente feudale, anche nel diritto canonico, dove abbiamo le decime reali o prediali, che sono state trattate d'ordinario alla stregua stessa delle servitù prediali: aiutato in ciò senza dubbio dallo stesso sviluppo del diritto romano comune, che (dicono) fin dalla *Glossa magna* non si mantenne immune dall'ingerenza del concetto feudale, e che ad ogni modo dovette subire la necessità di piegarsi ai tempi. Così si venne piano piano alle servitù improprie, ai censi consegnativi, alle *obligationes rei* o *propter rem*, ai *iura ad rem*, i quali sembra debbano la loro origine al diritto canonico e al feudale.

16. L'art. 531 del vigente Codice civile ha avuto un sufficiente svolgimento giurisprudenziale presso di noi. La Corte d'appello di Torino (sentenza 4 giugno 1869, Garbiglia contro Municipio di Bra ed altri) aveva già per gli art. 548, 634, 635 del Codice albertino osservato che la servitù reale non può essere imposta sopra uno stabile se non a beneficio di altro stabile e che la personale consiste bensì nell'esercizio di un diritto conferito alla persona, ma non impone l'obbligazione di alcun fatto al proprietario del fondo serviente, tenuto soltanto a sopportare il peso di quel diritto. Che quindi l'acquirente di un terreno comunale obbligatosi verso il Municipio a dare annualmente nel teatro da costruirsi una serie di rappresentazioni non costituisce sul teatro alcuna servitù nè reale nè personale, ma incontra una semplice obbligazione personale, la quale non passa nei successori a titolo singolare nella proprietà del fondo, se questi non vi sono sottoposti mediante un patto speciale. Ma la Corte di cassazione di Torino, con sentenza 30 luglio 1873 (Comune di Vigliano

(1) V. Heusler, *Istituzioni del diritto privato tedesco*, II, 219 e seguenti, e il richiamo fattone a pag. 562 dagli annotatori del libro II della traduzione delle *Pandette* del Windscheid.

Digitized by Google

c. Roasenda), ritenne che il principio che le servitù prediali non riflettono se non rapporti da fondo a fondo non trova opportunità ed applicazione tutte le volte che non si tratta di un interesse individuale, ma invece di una servitù concernente il vantaggio di un intiero territorio e dell'universale di quegli abitanti, come si verifica p. e. in tema di strade che si sostengono affette da servitù di passaggio a favore del pubblico, e, nel caso concreto, di servitù dell'esercizio del giuoco del pallone. La Corte di cassazione di Napoli, con sentenza 15 settembre 1870 (Pepe c. Fusco), aveva affermato ancora una volta che le servitù non sono se non limitazioni del diritto di proprietà, contrarie ai caratteri naturali del medesimo, e che perciò nel dubbio debba decidersi per la libertà di esso diritto di proprietà. Al che dette conferma una sentenza della Corte d'appello di Genova 1° luglio 1872 (Serra c. Aragosta), la quale ritenne che il proprietario del fondo dominante non ha, per l'esercizio della sua servitù, diritto d'entrare nel fondo servente, se non quando trattasi di accertare e di rimuovere le cause che ne impediscono l'esercizio. A sua volta, la Corte di cassazione di Firenze, con sentenza 20 maggio 1875 (Comune di Bracciano contro Intendenza di Finanza di Roma), statuì che pel fondo dominante la servitù è uno *ius in re aliena*, ma non può considerarsi essa stessa come una porzione di proprietà; e con sentenza 28 luglio 1881 (Dindo c. Dindo) che la qualificazione giuridica di una servitù è questione di diritto e soggiace all'esame della Corte di cassazione. La Corte di cassazione di Napoli, 31 maggio 1878 (De Micheli c. Lisi), aveva deciso che il diritto di proprietà di ciascuno è limitato non già dall'altrui interesse, ma dall'altrui diritto; che fa parte del diritto di proprietà quello di chiudere il proprio fondo, salvi i diritti di servitù spettanti ai terzi; che il diritto certo della chiusura del proprio fondo potrà variare nelle modalità perchè sia evitato il danno al vicino, ma quando la regola dell'arte e le esigenze delle località vengono osservate, non potrà quel diritto impedirsi, non avendo quel vicino alcun diritto che valga ad annientarlo. La Corte d'appello di Torino, con sentenza 17 febbraio 1882 (Giribaldi c. Bruno), giudicò che imponendosi un peso a vantaggio personale dello stipulante,

Digitized by Google

sia pure riferibilmente ad un fondo, non si riesce a costituire una servitù, ma una obbligazione personale; che si ha una pura obbligazione personale e non la costituzione di una servitù nella stipulazione colla quale nel vendersi un fondo si fa divieto al compratore di stabilire in esso una data industria, allo intento d'impedire la concorrenza ad altra simile industria esercitata in altro suo fondo superiore, e che siffatto peso non passa, salvo patto espresso, ai possessori dei fondi a titolo singolare. La Corte d'appello di Casale, con sentenza 25 giugno 1881 (Società anonima calce e cementi di Casale c. Barbano), dichiarò che la concessione di passaggio su di un fondo per trasportare i prodotti delle cave esistenti nei fondi limitrofi non ha nè il carattere nè gli estremi di una servitù reale, ma si risolve semplicemente in una servitù personale. La Corte d'appello di Torino, con sentenza 17 ottobre 1887 (Pivano c. Fontana), ribadì l'inerenza delle servitù prediali al fondo e la loro immanenza sul fondo stesso, malgrado la morte delle persone che attivamente o passivamente le costituirono; seguendo esse l'immobile come un diritto reale ipotecario. La Corte di cassazione poi di Torino, con sentenza 8 febbraio 1883 (Isolabella contro De Ferrari), ritenne che, apparendo essersi voluta la servitù costituire a favore di una sola e determinata persona, non v'è che una mera obbligazione personale, o senza corrispettivo e perciò in forma di donazione, o col corrispettivo e in forma di contratto oneroso.

Nel caso che si tratti di esercizio perpetuo su proprietà altrui di taluni diritti od atti che rappresentano una parziale manifestazione del dominio o della proprietà sopra di una cosa altrui, da parte di una determinata persona (quale per esempio la caccia), questi diritti possono, benchè considerati come elementi del dominio e servitù personali dal diritto comune, formare oggetto di obbligazione, come possono formare oggetto di locazione ai sensi dell'art. 1569 e nei limiti degli art. 712 e 1571 Cod. civile: tali i diritti di scavare l'arena o la terra, di tagliar pietre, di cuocere la calce, di attingere acqua, di abbeverare il bestiame, di tagliar legna, di cacciare, di pescare (Corte di cassazione di Firenze, 18 febbraio 1889, Ottolini-Balbani c. Ginori Lisci; Corte d'ap-

Digitized by Google

pello di Casale 25 giugno 1885, Società anonima calce e cementi c. Barbano).

Su questa giurisprudenza vi è pur qualche cosa da dire e da rettificare. La sentenza della Corte di cassazione di Torino 30 luglio 1873 (Comune di Vigliano contro Roasenda) volle inesattamente qualificare come servitù di passaggio sulla strada pubblica il fatto degli abitanti che vi transitano liberamente e come altra servitù nell'interesse pubblico quella dell'esercizio del giuoco del pallone in rapporto con le case che fronteggiano lo spazio riservato ad un tale esercizio. L'unica destinazione della strada pubblica consiste infatti nel servire al transito di ognuno: e, se si toglie alla strada pubblica questo ufficio, essa non ha ragione d'essere, non ha causa giuridica nè logica. L'affermare in questo caso il concetto di servitù per il solo fatto dell'uso equivale a trovar la servitù dappertutto, allorchè o sulla cosa propria o sulla cosa altrui si esplica un diritto od esercizio che attiene allo sfruttamento della cosa stessa: lo che è semplicemente assurdo e inconcepibile. Quanto al giuoco del pallone, a prescindere dal limitato interesse che può avervi una popolazione di fronte all'interesse contrario che hanno indubbiamente i proprietari dei fondi circostanti di non essere molestati nel loro pacifico godimento delle loro case, è d'uopo esaminare di quale specie in tal caso sia la lesione ch'è prodotta al diritto degli stessi fronteggianti e alla causa di questo rapporto giuridico.

Anzitutto non può dirsi che una simile limitazione od un simile impedimento o gravame sui frontisti appartenga alla categoria delle servitù prediali; perciocchè, quantunque i fondi circostanti o adiacenti all'area, arena o piazza destinata al giuoco del pallone risentano il danno ovvero il pericolo di lesioni negli infissi, vetrate (per non dire dei muri che resistono ai colpi del cuoio enfiato), tuttavia maggiore è il danno che risentono gli abitatori di quelle case stesse riguardo ai loro comodi personali per riguardo ai comodi personali di coloro che si esercitano al palleggio nell'area prossima.

La lesione prodotta al diritto dei proprietari fronteggianti è una lesione che non ha proprio necessità assoluta del rapporto

Digitized by Google

di vicinanza, qui, ma che il rapporto di vicinanza aumenta e facilita. Diciamo che la lesione non ha necessità assoluta del rapporto di vicinanza, inquantochè può accadere che per un colpo vigorosamente tirato il pallone vada a cadere alquanto lontano dalla piazza o dall'arena del giuoco, e, cadendo, rimbalzi in modo da danneggiare l'altrui proprietà o le persone. Oltre a ciò il danneggiamento alle vetrate o agli infissi non è la caratteristica esclusiva del colpo della vescica di cuoio rigonfia; il danneggiamento può essere prodotto alle persone e degli spettatori e di quelli che si trovano a transitare casualmente. Quindi ecco già una prima difficoltà a ritenere la servitù prediale: dappoichè questa si deve avere nei rapporti diretti ed esclusivi dei due fondi, almeno in modo principale. Prendiamo, ad esempio, la servitù di sterquilinio, ossia di tenere un deposito stercoraceo al confine con una casa del vicino: questa è servitù vera, perchè offre uno stato di destinazione permanente, per la quale viene ad essere danneggiato sicuramente il fondo di confine e può essere danneggiato anche il passeggiero che si trova a transitare di là per caso. Senonchè il passeggiero non potrà mai dolersi, nonchè di dover sopportare una servitù prediale, ma neanche una servitù qualsiasi: sia perchè le alternative di odori più o meno graditi debbono essere nel programma di chi si avventura pei campi o in luoghi urbani dove i regolamenti di pulizia e d'igiene di quegli odori non facciano divieto, o (e questo è il caso più caratteristico) di chi passa davvicino allo sterquilinio non per diritto di proprietà o di vicinanza, nè per diritto di transito su via pubblica, ma o abusivamente o per concessione precaria e graziosa del proprietario o dei proprietari adiacenti allo sterquilinio.

Trattandosi per contrario di un giuoco del pallone costituito in un piccolo paese di provincia, sur una piazza pubblica, avviene che, se pure non si ricorre ad un sistema speciale di reticolato tra i giuocatori e gli spettatori, questi rischiano ad ogni istante del giuoco, ad ogni colpo diretto o di rimbalzo, di rimanere percossi ed anche contusi. Questo per gli spettatori; i proprietari delle case sulle quali cade la battuta dei colpi, ossia su cui trovasi la parete d'appoggio

Digitized by Google

del pallone, se vogliono salvare gli infissi, debbono evidentemente munire le finestre di buon reticolato: e pur di reticolato per maggiori cautele debbono munirsi i proprietari delle altre pareti vicine, anche se su di quelle pareti non è destinato a battere il colpo del pallone. Questa può tuttavia considerarsi come precauzione superflua, specialmente se le case sono alquanto lontane dalla pista del giuoco e la piazza è grande: ma ciò ch'è necessario, si è appunto che siano in tal guisa riparate le finestre delle pareti sulle quali debbono battere i colpi.

Peraltro, a giuoco terminato, potrebbe darsi che, senza reticolato da nessuna parte, maggiori fossero i danni risentiti da case più lontane che non dalla casa del muro d'appoggio dei colpi; che maggiore fosse il danno personale risentito dai passeggieri transitanti in lontananza anzichè dalle persone affacciate alla finestra nella parete stessa. Tutto ciò sia detto per chiarire come il rapporto di vicinanza dell'area sulla quale si giuoca colla parete di appoggio dei colpi non sia una circostanza tanto necessaria e così esclusivamente influente, da renderci l'idea di un rapporto unico e necessario che noi vogliamo o possiamo caratterizzare colla denominazione di servitù: invece il rapporto è complesso e involge anche altri fondi o altre persone che non siano quelle abitanti nei fondi limitrofi. D'altro canto la necessità di tenere un reticolato e di astenersi da parte della visuale e del comodo di protendersi a destra ed a manca, all'infuori del davanzale della propria finestra o della finestra destinata al proprio uso, è certamente una limitazione e rappresenta un sacrifizio nel diritto del proprietario o dell'inquilino: limitatamente, bene inteso, a quelle ore nelle quali si esercita il giuoco e durante le quali, con reticolato o senza, molte di queste precauzioni sono necessarie nell'affacciarsi alla finestra o per chi alla finestra si avvicina od anche per quelli che sono nelle stanze e vogliono evitare la visita importuna o dannosa delle palle di cuoio, che, ricevute da una spinta impetuosa, possono anche cagionare la morte.

Questa è la posizione di fatto: e noi ce ne dobbiamo rendere conto esattamente per riconoscere la figurazione giuridica. Certamente, per la discontinuità della durata e per la

Digitized by Google

forma così dell' esercizio come della sofferenza, non vi dovrebbe essere alcuna difficoltà a designare in questo rapporto una servitù; le difficoltà maggiori stanno in rapporto con la causa e coll'intenzione delle parti che giuocano e che debbono sopportare il fastidio di un prossimo giuoco al pallone. Nei piccoli paesi di provincia per vero, dove tutto accade alla patriarcale e specialmente nella Toscana e nella Romagna dove l'esercizio e il giuoco di cui si parla è molto diffuso ed apprezzato, in simili casi molte volte non interviene neppure un vero e proprio rapporto giuridico; ma tutto si fa per concessione graziosa e gratuita. I proprietari circostanti alla piazza, che quasi sempre sono i maggiorenti del paese, non hanno nulla in contrario a mettere il reticolato e a sacrificarsi per far divertire il pubblico e per divertire sè stessi e le proprie famiglie: la vita in quei piccoli centri offre così poche distrazioni, che si afferra volentieri la prima occasione che capita per divertirsi. Nessuno, nè da una parte nè dall'altra, pensa menomamente a esercitare o a soffrire una servitù: ed anche se il giuoco si ripete tutti gli anni, la stessa condiscendenza da una parte e la stessa franchezza nel domandare concessioni e nell'approfittarne dall'altra si verificano tutti gli anni.

Ma supponiamo ora che per trenta anni continui, ed anche tra le stesse persone, questo rapporto di fatto abbia luogo e svolgimento pacifico: alla fine dei trent'anni accadrà forse che si possa pretendere l'acquisto della servitù di palleggiare, con appoggio su quella medesima casa, o su quelle medesime case, per virtù di prescrizione? Applicando esattamente i principî che a suo luogo si vedranno stabiliti per l'acquisto della servitù a mezzo di prescrizione acquisitiva in generale, si può senz'altro porre il quesito seguente: se l'acquiescenza o la tolleranza da una parte combinate coll' esercizio dall' altra parte, anno per anno, allorchè siano protratte per un periodo di trenta anni valgano a costituire la corrispondente servitù. Se la parte attiva ha l' *animus* del possesso (quasi-possesso) della servitù, la semplice tolleranza dall'altra parte evidentemente non basterà a diminuire le forze all'usucapione della servitù stessa: quell'*animus* ch'è requisito essenziale al quasi-possesso sta dalla parte di chi

Digitized by Google

vuole acquistare; e non importa che l'altra parte abbia o non abbia coscienza di perdere quella parte dell'esercizio del diritto di dominio che viene effettivamente a perdere. Evidentemente si deve trattare di quasi-possesso della servitù e non di semplice precario nell'esercizio di un diritto di contenuto affine a quello d'una servitù; ed anche la causa della posizione di fatto che corrisponde all'esercizio della servitù stessa dev'essere una causa perpetua nel senso che illimitata sia quanto al tempo la durata di un tale rapporto o vincolo giuridico.

La concessione, il permesso dato per un anno senza impegno, e forse anche con riserva espressa per gli anni successivi, dal proprietario della parte sulla quale deve ripercuotersi il pallone dei giuocatori, è fatta evidentemente all'infuori di ogni causa o destinazione perpetua; ed anzi partendo pure dalla possibilità che o il Comune per i futuri anni non voglia più accordare quella piazza o nessun'altra piazza, oppure che gli stessi giuocatori scelgano o propongano un'altra posizione. Solo se si trattasse di uno spazio apposito per il giuoco della palla, o sferisterio, si avrebbero le traccie d'una causa perpetua e di una destinazione permanente, di un esercizio non precario: ma allora si avrebbe un edifizio apposito, con un muro d'appoggio proprio per il rimbalzo dei palloni, e non vi sarebbe bisogno del muro altrui. Quindi è che la destinazione precaria del muro prospiciente sull'arena del giuoco coincide colla mancanza di causa perpetua: per la qual cosa indarno noi vorremmo ravvisare in questa figura pratica le traccie d'una servitù prediale, nè potremmo avvisare all'usucapione per l'acquisto di essa. Nel caso nostro si ha un mero servigio personale dal proprietario della parete battuta dai palloni reso ai giuocatori: servigio ch'è tale oggettivamente e che non oltrepassa i limiti del rapporto personale, non perchè si tratti di mera tolleranza o di qualche cosa di diverso o di più direttamente connesso col rapporto giuridico che scaturisce da questa posizione di fatto, ma perchè appunto non v'ha nessuna necessità di porre i fondi vicini (area, e casa che offre il muro al rimbalzo) in rapporto di servitù per destinazione loro permanente e per causa perpetua.

Digitized by Google

Il servigio è meramente personale: se poi si tratti di una vera e propria servitù personale e se questa si possa acquistare col lungo uso o coll'usucapione non è qui il luogo di ricercare. Il voler pensare a servitù d'interesse pubblico, come ha voluto fare la sentenza richiamata dalla Cassazione torinese, è una cosa totalmente inesatta e come costruzione giuridica e come forma di manifestazione pratica: l'interesse pubblico qui è cosa totalmente immaginaria, e lo spazio adatto all'esercizio di questo giuoco si può trovare anche altrove e con altri mezzi, che non siano quell'area determinata. Il rapporto tra l'area e le case non è un rapporto di destinazione, non è un rapporto a causa perpetua, non è un rapporto che in qualche modo accenni a sistemazione delle aree e degli edifici, non è un rapporto che si possa costruire obbiettivamente in forma reale e in figura tale da riescirsi ad immedesimare e compenetrare quasi nella materialità dei fondi. Eppure questo rapporto di materialità è essenziale e risulta chiaramente nella costruzione di ogni specie di servitù, per il rapporto diretto da fondo dominante a fondo serviente, senza fondi intermediari di una tale materialità di rapporti. Ciò è tanto vero ed esatto, che fu deciso l'opera eseguita dal proprietario di un primo fondo sopra un secondo fondo di proprietà altrui non potere indurre servitù a carico di un terzo fondo appartenente ad un terzo proprietario; talchè nell'ipotesi di danneggiamento è data per l'art. 1151 Codice civile l'azione di risarcimento, come decise il 31 dicembre 1883 la Cassazione torinese in causa Isolabella contro De Ferrari. Così nella nostra giurisprudenza, anche per mezzo di eliminazione e di esclusione, si è venuto man mano sempre più rinsaldando il concetto della realità dei rapporti di servitù prediale, in quanto questi rapporti rispondono non già ad una sistemazione fittizia o concatenata, ma ad una sistemazione effettiva e diretta, ad una sistemazione reale, che fa parte del meccanismo della proprietà territoriale e che non può confondersi con una sistemazione a rapporti obbligatorî, che solo indirettamente può ripercuotersi sui fondi, come si ripercuote sopra ogni altro bene patrimoniale.

Per l'ulteriore giurisprudenza sull'art. 531 si può consultare quanto si dirà a proposito dell'art. 643 per caratteriz-

Digitized by Google

zare l'atteggiamento del proprietario del fondo serviente e la sua facoltà di abbandonare il fondo stesso nell'ipotesi che riesca a lui troppo gravoso l'onere *in faciendo* estrinsecato sul fondo proprio. Ma, in sostanza, a noi sembra che la nostra giurisprudenza sulla materia delle servitù abbia d'uopo, massimamente oggi, di un salutare ritorno ai principî del diritto romano; non già perchè noi approviamo il bigottismo del diritto romano, ma perchè ci sembra che il medio evo e la feudalità abbiano troppo falsato il nostro criterio giuridico e contraffatto il nostro gusto e le nostre tendenze critiche e i nostri metodi di ricerca. Noi non dobbiamo un solo istante abbandonare il concetto fondamentale, il caposaldo che la servitù prediale debba supporre la presenza e il rapporto di due fondi: perchè altrimenti non di servitù prediale si dovrebbe trattare, ma di un altro qualsiasi rapporto reale o personale a seconda dei casi e del contenuto. E la servitù reale, siccome quella che deve coesistere colla proprietà, non deve nè supplantarla nè scambiarsi con essa, ma deve rimanere nella propria sfera in perfetta indipendenza individuale e in pieno rispetto della proprietà parallela e coesistente: i campi dell'una e dell'altra sono separati, non s'invadono reciprocamente, non si debbono intralciare; e fino gli stati di fatto che corrispondono al possesso dell'una e dell'altra debbono vedersi distinti e nondimeno uno accanto all'altro, contemporanei, sulla stessa cosa. Come si disse, noi dobbiamo essere al caso di distinguere col nostro occhio pratico dotato di conveniente finezza e attentamente rivolto ad ogni menomo atto, se colui il quale attraversa un dato fondo sia il proprietario stesso *iure proprietatis* o sia un terzo *iure servitutis;* appunto perchè le manifestazioni di questi due stati giuridici sono ben diverse e alla forma e alla sostanza. Il diritto colle sue regole e la giurisprudenza colle sue applicazioni naturalmente e necessariamente debbono seguire questa finezza di distinzioni quale risulta per l'osservazione attenta e del giurista e del profano: noi non domandiamo alle leggi soltanto nè soprattutto una gradazione di facoltà di godimento; domandiamo invece addirittura la coesistenza di una medesima facoltà da due parti dotate d'interesse opposto, ma che pure debbono trovar modo di far coesistere questo

Digitized by Google

interesse opposto senza cozzo, senza sconvolgimenti e alterazioni sostanziali del diritto reciproco, talchè in fondo ci deve essere dato di riscontrare la coesistenza della proprietà colla servitù, ovvero anche del possesso dell'una col possesso dell'altra, al modo stesso che ci accorgiamo esser possibile la coesistenza, p. e., d'un diritto d'ipoteca colla proprietà della cosa ipotecata od ancora del possesso del proprietario coll'immanenza sul luogo d'un inquilino. Quando non vediamo la possibilità d'una tale coesistenza, dobbiamo pur dire che si tratterà di diritto reale ma non di servitù, oppure potrà anche trattarsi di un semplice diritto personale od obbligatorio, e la possibilità della coesistenza per noi deve giungere sino al punto di vedere possibile il conflitto immediato *in eodem*, ossia nello stesso atto od esercizio: per la qual cosa il criterio di conciliazione non può essere fornito che dal diritto e dalla prudenza del giudice. Evitare questo conflitto per isnaturare il diritto di servitù e allargare in forma più comoda il concetto stretto e limitato di questo diritto non solo equivale al violare la tecnica giuridica, ma anche ad evitare il vero punto o nodo della questione giuridica.

Sull'indole dei diritti di servitù è stata ed è interessantissima anche oggi, benchè esaurita, la questione della villa Borghese di Roma: sulla quale questione la giurisprudenza ha avuto pienamente il campo di esplicarsi. Il MANCINI sosteneva il diritto di uso pubblico del Comune e del popolo di Roma; il CENERI invece contrastava, osservando che la *facultas deambulandi in alieno* non è tema di *ius in re*. Il CENERI, nella sua memoria 20 novembre 1886, in sostegno delle ragioni di casa Borghese, si domandava se la facoltà di passeggiare nel fondo privato e di trattenervisi a scopo di diletto potesse costituire il contenuto di un diritto reale, in guisa da mettere quel fondo in condizioni di fondo servente. Nelle *Pandette*, egli rispondeva, vi è un limpido testo che lo nega: la l. 8, Dig. 8, 1, estensibile così alle servitù reali come alle personali, cioè tanto a quelle che una volta sôrte *habent perpetuam causam*, quanto a quelle che hanno una causa limitata all'esistenza del soggetto attivo. Dicendoci PAOLO che gli atti informati al tipo della *delectatio* (*pomum decerpere, spatiari, coenare in alieno*) non possono costituire

Digitized by Google

il contenuto d'una servitù, il suo discorso tende a dimostrare che non solo non possono formare oggetto di servitù prediali, ma neppure di servitù personali: e all'insegnamento di PAOLO fa eco quello di ULPIANO nella l. 13, § 4, Dig. 39, 2, e per negare la *cautio damni infecti* nelle ll. 13, §§ 8 e 25, Dig. 39, 2. Ma, se non è ammessa costituzione di servitù a tale scopo o a tali scopi, non è escluso (osserva giustamente il CENERI) che taluno di quegli atti possa formare oggetto di una convenzione speciale apposita nel campo delle obbligazioni. La tolleranza nell'esercizio di questi atti voluttuari non può quindi condurre all'usucapione d'una servitù, per la quale addirittura mancherebbe il contenuto (1); ed anche se vi è promessa od obbligazione, non può nè possono essere accordati i rimedi possessorî. Il CENERI cita ancora l'autorità del CUIACIO (*Obs.*, lib. 24, cap. 22): *non certe servitus praedialis (imponi potest), quia nihil ea res ad utilitatem vel amoenitatem praedii mei pertinet; sed aeque servitus personalis, quia nec usui vel fructui ea facultas decerpendorum pomorum vel spatiorum faciendorum in alieno similis est, et quae non his duabus servitutibus personalibus similiter assimilantur servitutes personarum non sunt. Verum conventio huiusmodi, ut mihi liceat ex tuo agro pomum decerpere, vel in tuo spatiari, coenare justa est et obligationem parit, si forte in venditione fundi excerpere, ut mihi ex eo pomum decerpere, vel spatiari et coenare liceat.* Cita l'Hubero (*Praelectiones ad Pandectas*, lib. 8, tit. 1, nn. 6 e 7), il quale agli atti enumerati da PAOLO aggiunge *pila ludere, choreas agere liceat* e simili, *quia actus isti a natura servitutis alienissimi sunt*, e aggiunge precisamente: *si quando tamen partes ita constituere velint, ut vicino liceat in alterius fundo spatiari, coenare, ludere, quominus illa conventio valeat nihil obstat, ut conventio scilicet, minime sicut servitutes.* Richiama lo stesso BARTOLO (ad l. 8, Dig. 8, 1): *dices tu, quare, cum constituatur usus et ususfructus, qui est servitus personalis, non potest constitui haec servitus ut spatiari et coenare liceat? Respondeo:*

(1) Mutata l'ipotesi, è in sostanza quanto si dice a proposito della parete di rimbalzo per il giuoco del pallone, neppure questa figura potendo costituire il contenuto d'una servitù prediale.

Digitized by Google

usus et ususfructus de iure dominii plene diminuit, quod componitur ex proprietate et usufructu. Unde quidquid habet diminuere de fructibus et concedere alii, potest dici servitus personalis: sed ire, et spatiari et coenare in loco non diminuit de fructibus ut alteri acquiratur, et sic non est servitus personalis nec praedialis, quia non fit ad utilitatem alterius praedii, sed est quaedam obligatio personalis, ut patiaris me sic facere. Aggiunge l'autorità dello stesso PAOLO in l. 12, Dig. 33, 1, a proposito del vantaggio di prelevare da un fondo vicino una data quantità di canne e salici a favore di uno di due legatarî di fondi situati in località diverse, sul fondo dell'altro legatario: vantaggio, che, quantunque non sia fatto a scopo di diletto personale, tuttavia non rientra nè sotto la categoria delle servitù prediali, nè sotto quella delle servitù personali.

Del resto osserva che il rapporto giuridico non cambia natura, sia che sia costituito a favore di persone private o di singoli, sia che si trovi costituito a favore di una comunità. Nè vale il dire che l'ente morale non muore, ma si reintegra (osserva il CENERI), perchè anzitutto la diversità del soggetto attivo non varia la natura del rapporto obbiettivo giuridico e poi perchè la *facultas deambulandi* non può costituire il contenuto che di una semplice obbligazione, e non di uno *ius in re* dotato di *in rem actio* e d'interdetti possessorî. Passando poi all'argomento *a contrario*, suppone per un istante che si possa avere una pretesa *servitus deambulandi in alieno* a favore di un corpo collettivo, ed osserva che questa non potrebbe essere una servitù reale perchè mancherebbe un fondo dominante, ma vorrebbe ritenersi una servitù personale, *di uso limitato.* Ma allora le leggi dovrebbero fissare un termine per la durata delle servitù stesse; e la indefettibilità dell'ente soggetto attivo della servitù non sarebbe motivo per attribuire alla servitù stessa il carattere di perpetuità, ma per limitarne la vita entro confini determinati: come accade per le ll. 56, Dig. 71, e 8, Dig. 33, 2, le quali non volendo riconoscere una soverchia sproporzione tra la durata delle servitù che finiscono colla vita fisica degli individui a favore dei quali sono costituite e la durata delle servitù costituite a favore di enti per sè indefettibili, asse-

Digitized by Google

gnano il termine di cento anni alla durata di una servitù personale costituita a favore di un ente, *quia is finis vitae longaevi hominis est;* mentre la l. 68, Dig. 35, 2, restringe una tal durata ad un solo trentennio, come si vede nell'articolo 518 Cod. civ. riguardo all'usufrutto, e per l'art. 529 riguardo ad ogni altra servitù personale in conformità colla l. 3, § 3, Dig. 7, 1.

Quanto ai testi che si contrappongono per dimostrare la possibilità della costituzione di un uso perpetuo e pubblico, il CENERI sostiene che essi sono male invocati per il semplice scopo della *delectatio* mediante l'esercizio di uno *ius in re aliena:* la l. 41, Dig. 41, 1; la l. 29, Dig. 42, 5; la l. 6, § 2, Dig. 34, 2; la l. 23, Dig. 44, 1 riguardando un legato *ad patriam;* e la l. 9, Cod. 11, 42 trattando della conversione di *fontes privati in fontes publicos,* la quale, una volta avvenuta, diventa irrevocabile. In questi testi si fa parola sempre di passaggio di proprietà e non di costituzione di *iura in re aliena.* Nè vale, osserva il CENERI, addurre gli argomenti tratti dagli usi civici *lignandi, pascendi,* ecc., perchè non si può stabilire un'equazione tra la *necessitas* e la *delectatio,* nè le limitazioni portate al diritto di proprietà per la necessità possono riprodursi allorchè si tratta di semplice diletto: e, se pure dalla Commissione di riordinamento del Codice civile si ventilò l'istituzione del diritto di passaggio e di acquedotto o di estrazione d'acqua a favore di un Comune, di un villaggio o di una borgata, simile istituzione non sarebbe stata fatta già a scopo di semplice diletto, ma a scopo di necessità, analogamente a quanto si legge nell'art. 542 Cod. civile. Nè l'art. 3 della legge 28 giugno 1871, che a proposito dello svincolo dei fedecommessi fa salvi diritti che per fondazione o per qualsivoglia altro titolo possano appartenere al pubblico, può applicarsi per dedurne la possibilità della giuridica sussistenza di vincoli reali ordinati a mero diletto.

La memoria del dotto civilista s'inoltra poi su di un terreno ben più scabroso: egli sostiene l'inapplicabilità dell'azione possessoria di reintegrazione (1) a meri diritti reali;

(1) Anticipiamo alquanto a questo luogo sulla futura trattazione delle azioni possessorie, per non dare una relazione spezzata della controversia Borghese.

Digitized by Google

per la qual cosa egli, contrastando con la più recente giurisprudenza della Cassazione romana dinanzi alla quale esponeva le ragioni della Casa Borghese, doveva interpretare la portata dell'art. 695 in rapporto coll'art. 694 Cod. civile. L'articolo 694, dice il CENERI, suppone il possesso legittimo ultraannale anche di un semplice diritto reale o di una universalità di mobili, perchè possa esercitarsi l'azione di manutenzione; ma l'articolo successivo per l'esercizio dell'azione di reintegrazione non parla di diritti reali. Parla bensì di cosa; ma sotto la denominazione di cose dovranno anche intendersi le cose incorporali? Se cosa mobile è una cosa materiale, perchè, dice il CENERI, per cosa immobile potrà intendersi una cosa immateriale? Se è vero che i diritti mobiliari non sono suscettibili di possesso e che lo sono invece i diritti immobiliari, non è questo che si pone in controversia, ma bensì se in tema di possesso il legislatore sotto la parola *cosa* comprenda anche i diritti, di fronte all'art. 685 in cui si distingue la detenzione di una cosa dal godimento di un diritto o dall'esercizio di un diritto.

Oltre a ciò, quando il legislatore ha voluto concedere l'azione di manutenzione anche a tutela del godimento di diritti reali, lo ha detto ed ha anche con questo implicitamente escluso quell'azione riguardo a singole cose mobili; ma, parlando della reintegranda, l'ha estesa anche alle cose mobili ed immobili e quindi anche ai diritti reali, in quanto che qui non vi fosse più ragione di ricordare espressamente i diritti reali per escludere le singole cose mobili? Il CENERI risponde che, se il possesso di una cosa immobile comprende anche la *iuris quasi possessio*, non vi era bisogno di distinguere nell'art. 694 tra il possesso di un immobile e quello di un diritto reale, e il legislatore per affermare l'esclusione delle singole cose mobili da questo beneficio, si sarebbe dovuto contentare di accennare, accanto agli immobili, alle universalità dei mobili senz'altro: avendo aggiunto al possesso di un immobile il possesso di un diritto reale, avrebbe voluto dimostrare chiaramente che per lui immobile e diritto reale non valgono lo stesso, talchè lo avere nell'articolo successivo 695 parlato soltanto di possesso di una cosa mobile o immobile senza accenno a diritti reali starebbe appunto

Digitized by Google

a significare la voluta esclusione di questi dall'azione di reintegra. Alla diversità della dizione tra l'art. 695 del Codice civile e l'art. 445 del Codice albertino che parlando di cosa aggiungeva l'inciso *da lui tenuta* non più riprodotto nel nostro Codice, il CENERI osserva che la privazione del possesso delle cose mobili, le quali per loro natura si detengono materialmente, costituisce una violenza contro il detentore e che questa violenza richiede una sollecita repressione; mentre il possesso di un semplice diritto reale non è che una quasi detenzione accanto al possesso della cosa serviente che rimane presso il proprietario della medesima, contro cui in luogo della reintegrazione potrà esser data semplicemente l'azione di manutenzione oppure un'azione che sorga dall'obbligazione di dare, fare o non fare, soffrire o non vietare l'uso di un diritto personale. Osserva che i motivi della differenza tra il rimedio possessorio ordinario della manutenzione e quello straordinario della reintegrazione consistono sostanzialmente nella ragione d'interesse pubblico d'opporsi alla flagranza di uno spoglio contro il pubblico e materiale possessore d'una cosa mobile od immobile, e non di un diritto, tanto più se della violenza o clandestinità non possa rimanere traccia materiale, come accade nell'opposizione all'esercizio di servitù discontinue e non apparenti; costituendo l'esercizio di un diritto un fatto di per sè transeunte e l'accertamento degli atti passati comprovanti un tale esercizio richiedendo indagini incompatibili colla natura urgente del provvedimento di reintegra ai sensi dell'art. 696 Cod. civ. e colla nessuna necessità di correre a ripari immediati, subitanei. Dunque, secondo il CENERI e le sentenze 10 aprile 1872 della Cassazione torinese e 29 agosto 1878 della Cassazione romana, che egli richiama, non si escluderebbe al possesso dei diritti reali una conveniente protezione giuridica, ma si escluderebbe per lo appunto lo speciale mezzo della reintegranda nel possesso diversamente dall'usufruttuario ch'è in possesso della *res aliena* sulla quale esercita il proprio diritto: e quanto al diritto romano, si vedrebbe negato l'interdetto *unde vi*, corrispondente alla nostra reintegrazione, a chi ha il quasi-possesso di una *servitus viae* (L. 4, § 27, Dig. 41, 3), mentre per la l. 3, § 13, Dig. 43, 16, e per la l. 60 pr., Dig. 7, 1 è accordato all'usufruttuario.

Digitized by Google

Il MANCINI, contraddittore del CENERI, in una memoria pubblicata nel *Filangieri* (1886, pag. 1-19 e 119-151 della parte 1ª), poneva il quesito di un diritto reale *sui generis*, di uso pubblico, o di un diritto di servitù attiva costituita da secoli, non nel privato, ma nel pubblico interesse. E, benchè l'azione di manutenzione fosse stata dal pretore accolta a favore del Comune di Roma, tuttavia il ricorrente ne faceva una trattazione speciale per prevenire con un giudicato ogni contestazione avvenire sullo stesso oggetto. Sulla reintegrazione, il pretore, fondandosi nell'art. 695 Cod. civ., argomentò che evidentemente per essere esercitato e posseduto un diritto deve esistere; perlochè la questione dell'esistenza di un semplice diritto incorporale si confonderebbe con la questione del suo possesso. Risponde il MANCINI che, avendo il Cod. civ. nell'art. 685 definito il possesso come la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, è evidente che nella stessa maniera in cui si può detenere una cosa materiale come propria e forse anche supporre di averne il dominio (mentre in un giudizio petitorio dall'esame di titoli o di prove di altra natura può risultare che in realtà il possessore non ne avesse il dominio), parimente si concepisce senza difficoltà potersi da taluno godere ed esercitare un diritto, e forse anche con la persuasione nel possessore che un tal diritto gli appartenga; e si può esercitarlo e possederlo, se così vuolsi, anche per lunghissimi anni, ma senza che ciò escluda la possibilità di un giudizio petitorio, in cui, andandosi a ricercare l'origine del godimento ed i fondamenti giuridici del diritto goduto, si riconosca la sua reale inesistenza in colui che lo godeva e possedeva, ed in caso di spoglio lo aveva fatto dichiarare reintegrabile.

Di qui il MANCINI vede un rapporto tra proprietà e godimento di un diritto come tra azione petitoria e possessoria; tale ritenendo l'ufficio dei giudizi possessori in genere e in materia di servitù in ispecie, che cioè la tutela del possesso non implichi la dimostrazione dell'esistenza del diritto posseduto. Quanto all'argomento desunto dall'avversario dall'articolo 694, per dedurne, nel confronto coll'art. 695, l'inapplicabilità della reintegrazione ai diritti immateriali come questi sono, il MANCINI nota che, se nell'art. 694 si volle colla

Digitized by Google

denominazione di diritto reale ed universalità di mobili escludere i mobili singoli e particolari, lo si fece in riguardo a tutta una storia che vi era in diritto romano e a tutta una giurisprudenza sulla questione speciale di cui si tratta.

In Roma, dice il MANCINI, si distinguevano gli interdetti in conservatori e restitutori (*retinendae et recuperandae possessionis)*; l'*uti possidetis* era dato per le *res soli* unicamente, l'*utrubi* per le cose mobili; nei casi di spoglio l'*unde vi* si applicava allo spoglio degli immobili e dei diritti, non già delle singole cose mobili. Ma taluni commentatori, basandosi sulla l. 3, Cod. theod. *unde vi*, che faceva decadere dal dominio della cosa chi si facesse ragione di propria autorità, senza distinguere tra cose mobili ed immobili (disposizione tradotta poi con poche modificazioni nella cost. 7, Codice giust., *eod. tit.*), ritennero applicabile l'interdetto *utrubi* non solo *ad retinendam* ma anche *ad recuperandam possessionem*. Ai nostri giorni il SAVIGNY sostiene questa opinione. Col canone *Reintegranda* poi il diritto canonico estese il rimedio in oggetto tanto allo spoglio dei mobili che a quello degli immobili. Però nel nostro sistema legislativo, mentre non si volle concedere l'azione di manutenzione per le molestie e turbative al possesso delle singole cose mobili, si volle per converso estendere la reintegrazione a qualunque specie di possesso. Senonchè, trattandosi nel Codice albertino di *cosa tenuta*, sorse il dubbio se anche la reintegrazione dovesse intendersi limitata alla universalità delle cose mobili, questo per il Codice albertino.

Discutendosi il progetto pel Codice civile italiano, tutte le disposizioni relative al possesso sono state riunite in un titolo unico, e nell'art. 694 si conservò quasi per intiero la formola del corrispondente art. 445; appunto perchè il legislatore riconobbe non potersi adoperare la stessa espressione generica del successivo art. 695 e soppresse l'espressione *cosa da lui tenuta* fino per evitare il sospetto che il rimedio della reintegrazione s'intendesse riservato al solo spoglio di cose corporali suscettive di materiale detenzione. Del resto la parola «cosa» nell'art. 695, per le necessità del linguaggio giuridico, comprende tanto le cose corporali che i diritti incorporali (L. 25, Dig. *de verb. sign.*, e art. 406 Cod. civ., nonchè arti-

Digitized by Google

colo 415). Esaurito così l'esame analitico dei testi, il MANCINI ricorre alle fonti razionali e alle storiche. Quanto alle prime, gli sembra strano che il legislatore abbia voluto autorizzare e permettere lo spoglio anche violento di qualsiasi possesso di cose incorporali e di diritti, quali l'usufrutto, l'uso, la servitù; e che il legislatore abbia ricusato di tutelare il possessore di questi diritti contro la violenza e la spogliazione, e ciò soltanto perchè fa comodo di applicare l'art. 695 soltanto allo spoglio del possesso delle cose materiali mobili o immobili. Quanto alle fonti storiche, si osserva che in diritto romano le cose incorporali si posseggono o anzi si quasi-posseggono; tantochè non si dubitò un solo istante che gli interdetti possessorî si dovessero anche pei diritti e per le servitù.

Il diritto canonico, come si disse, nel canone *Reintegranda*, estese lo spoglio anche ai diritti o cose incorporali: *spoliatus ante omnia restituendus*. Così per gli *Edicta Sabauda* di Amedeo VIII; così per le costituzioni del secolo XVIII di Vittorio Amedeo II. Cita il PISANELLI che della reintegrazione allo spogliato fa argomento di ordine pubblico, qualunque sia il possesso o l'oggetto posseduto; invoca gli scrittori di Francia e d'Italia e l'autorità della giurisprudenza. Il possesso è *res facti* e come tale può anche darsi per un diritto; quindi non è del diritto che si spoglia, ma del possesso del diritto. Quanto poi al caso speciale, il MANCINI osservava che la *vis* addebitabile al principe Borghese poteva anche essere una *vis pertenuis* e punto delittuosa, e in diritto romano qualificavasi come *vis* ogni via di fatto che impedisse la continuazione dell'uso di un fondo al possessore di esso, senza *vis atrox* (Ll. 1, 3 ed 11, Dig. *de vi;* l. 6, Dig. *de acq. possess.;* l. 20, Dig. *quod vi aut clam;* l. 8, Dig. *ad. l. Jul. de vi priv.*). Insomma il principe Borghese, invece di ricorrere al giudice, malamente si sarebbe fatta giustizia da sè stesso commettendo un vero spoglio dell'altrui possesso. I cittadini romani non vogliono venire alle mani coi custodi della villa: essi vogliono essere restituiti nel possesso di cui si videro spogliati.

Sull'azione in manutenzione, il MANCINI osservava che la natura del diritto del cui possesso si contendeva non era un diritto di servitù discontinua, nè di una semplice servitù di

Digitized by Google

passaggio nella Villa Borghese, ma un diritto reale di uso pubblico, sotto varie forme e modalità e dentro certi limiti, a favore degli abitanti dell'intera città. Anche se si trattasse di una servitù, dicesi, l'utilità pubblica renderebbe inapplicabili le disposizioni del Codice civile che riguardano unicamente l'utilità dei privati, ossia le servitù di privati verso privati; nella peggiore ipotesi si dice di affrontare la discussione delle servitù discontinue di ordine e di utilità privata. La difesa si fonda tutta su tre capisaldi. Primo: che sotto l'impero del diritto romano non esisteva la differenza introdotta nel Codice italiano sull'esempio del Codice francese circa i modi d'acquisto delle servitù, le quali tutte, anche le discontinue e le non apparenti, come i diritti reali, potevano acquistarsi con un titolo o col possesso o colla prescrizione. E si dice che l'azione di manutenzione nel caso è stata istituita appunto per conservare uno stato di possesso notoriamente preesistente, in epoca assai anteriore al 1871, e però è regolata dalle leggi anteriori per gli art. 21 e 47 della legge transitoria. In diritto romano le servitù discontinue potevano acquistarsi colla semplice prescrizione e non solo colla prescrizione centenaria, bastando semplicemente la trentennale. E, trattandosi di una servitù che poteva acquistarsi sotto leggi anteriori mediante prescrizione, non si può opporre l'inammissibilità dell'azione possessoria. Infatti, dice il MANCINI, dalla discussione della legge transitoria del Codice civile risulta che le servitù già acquistate sono conservate in conformità delle leggi anteriori, e tra queste anche la difesa possessoria del diritto; e che, quanto alla legittimità del possesso, altro il giudice non avrebbe dovuto indagare, se non se il possesso fosse stato *animo domini*, e perciò non si deve giudicare definitivamente dell'esistenza e della validità dell'acquisto del diritto, poichè questo giudizio doveva essere riservato alla sede petitoria. Oltre a ciò per l'art. 3 della legge 28 giugno 1871 l'abolizione dei fedecommessi non avrebbe punto portato di conseguenza il pregiudizio di ogni diritto dei terzi, e quindi neanche di questo diritto che si attribuisce al popolo romano per lunga consuetudine. S'invocano altresì i principî della non-retroattività delle leggi e si mettono in luce i gravissimi e non giustificabili danni giu-

Digitized by Google

ridici ed economici che scaturirebbero da una massima contraria, salva sempre restando ogni risoluzione del problema petitorio. Un secondo caposaldo in favore dell'azione in manutenzione è dato dal possesso corroborato da destinazione e volontà del proprietario, secondo la difesa del Comune di Roma: destinazione che risulta, se non dallo scritto, da manifestazioni di volontà e da mezzi di prova legalmente attendibili. In materia possessoria « basta la invocazione di titoli degni di esame e che meritino di esser tenuti in conto nel giudizio petitorio ». Or la destinazione, oltre ad essere notoria, risulterebbe da infinite prove e testimonianze storiche che si accumularono nel corso di oltre due secoli, e da una solenne, pubblica e diretta manifestazione di volontà dello stesso fondatore della villa, consegnata in marmorea lapide che contiene una descrizione dichiarativa e ricognitiva di destinazione. E qui si citano le prove storiche, in numero sterminato (dicesi), allegando l'art. 691 del Cod. civ. per la presunzione della continuità del possesso. Gli avversari (si dice) presumono vizioso questo possesso, perchè non goduto *animo domini*, e lo reputano interrotto. Si replica che le interruzioni si dovettero alla necessità di restaurar la villa di tanto in quando; ma la prova e la valutazione di siffatte circostanze si dovrebbero riservare al giudice del petitorio, anche in ordine alle ampliazioni ed annessioni successive fatte alla villa. La prova della continuità starebbe nella presunzione della legge, senz'altro. Si riporta la lapide Borghese confrontandola coll'altra apposta nella Galleria Zambeccari, sotto l'impero del romano diritto, secondo il quale si asserisce non vero che la destinazione del padre di famiglia supponesse l'esistenza di due fondi. Se occorressero presunzioni, si accenna alla origine ed ai mezzi d'acquisto e formazione della Villa Borghese, che fu acquistata e composta con denaro, terre, acque, strade, tesori d'arte di Roma e dello Stato e tributi del mondo cattolico, per le largizioni e profusioni di Paolo V papa verso il proprio nipote. Si occupa il MANCINI anche delle obbiezioni fatte al valore della richiamata lapide e nella forma e nella sostanza. Se nessuno la firmò, nessun notaio ne redasse la scrittura, ed in essa parla semplicemente il custode della villa che non poteva disporne, si richiama

Digitized by Google

l'art. 634 Cod. civ. e specialmente l'espressione *provenga dal proprietario* e la l. 10, Dig. *de probat.*, la l. 11, Dig. *de edendo*, la l. 5, Dig. *de fide instrument.*; quanto poi all'invito del custode in essa lapide contenuto, si ritiene che sia stato fatto previo assenso del proprietario. La lapide del resto era collocata in vista di tutti e il fatto dell'uso pubblico non si potrebbe distruggere con vane cavillazioni. Di più la questione si sarebbe altra volta agitata nel 1827 contro il Nazzari, innanzi ad una Congregazione appositamente nominata dal Pontefice; ebbene anche in quella occasione Casa Borghese avrebbe riconosciuto il diritto del pubblico, che risalirebbe fino ai principî del secolo XVII. Infine, come terzo caposaldo, dalla difesa del Comune si allegava il possesso fino ultra-centenario, che equivale perfettamente ad un titolo, contro cui sono impotenti tutti gli ostacoli, anche quelli desunti dai vizi del possesso stesso (L. 3, Dig. *de aqua quot. et aest*, e l. ult., Dig. *de aqua et aqua pluvia*). Del resto il possesso ultra-centenario sarebbe innegabile, perchè la negativa sarebbe gratuita; ci è sempre il *fumus boni iuris* e contro di esso non sarebbero ammesse indagini fuorchè in sede petitoria, altrimenti i rimedi possessorî perderebbero la loro utilità e ne sarebbe disconosciuta l'origine. D'altra parte non poter supporsi che si fossero aperte le porte della villa al popolo romano fuorchè per accidentale favore, per soddisfare ad un sentimento di aristocratica vanità ed allo scopo di fare ammirare il fasto e le magnificenze di una privilegiata famiglia, sarebbe stato un ignobile e volgare proposito e null'altro, un proposito non degno certo di lode e di pubblica gratitudine.

Con sentenza 9 marzo 1887 però la Cassazione romana rigettò il ricorso Borghese (V. *Legge*, 1887, I, 433). I motivi ai quali s'inspirò furono tutti ordinati ad un concetto predominante: che cioè si trattasse di una servitù di uso pubblico, sconosciuta alla giurisprudenza romana e governata del tutto da concetti di diritto moderno. La Corte partiva dal concetto che la Villa Borghese dovesse la sua origine primitiva ad una donazione di Paolo V al nipote cardinale Scipione, il quale con ulteriori acquisti avrebbe poi ampliato il terreno donatogli fabbricandovi una villa immensa, che coll'annesso

Digitized by Google

museo fu poi tramandata per titolo di fedecommesso ai primogeniti della famiglia Borghese, ammettendosi il popolo romano al passeggio nella villa stessa con date condizioni di modo e di tempo. Le speciali circostanze di fatto poste a base della possibilità di un diritto di pubblico passeggio da parte del Comune sarebbero state: l'origine della villa da un terreno appartenente alla Camera ecclesiastica degli spogli e dalla donazione di una quantità di acqua appartenente ad un pubblico condotto; gli oggetti d'arte collocativi e tratti da luoghi pubblici; l'essere stata compresa nella villa anche un'antica strada pubblica; l'esservi una quantità di ricordi e di memorie storiche e una pubblica lapide per constatare la destinazione della villa ad uso di pubblico passeggio; l'essere questo uso continuato per lo meno sino dal 1829 senza altre interruzioni da quelle infuori giustificate da riparazioni e adattamenti a pubbliche solennità. A questi amminicoli che favorirebbero la determinazione dell'uso pubblico si aggiunge che nel maggio 1885 corse voce che il principe Borghese alienasse la villa ed allora il Comune di Roma gli fece sapere che avrebbe accampato i diritti del pubblico passeggio: perlochè senz'altro il giorno dopo il principe stesso chiuse la villa.

L'obbiettivo della contestazione della lite consisterebbe nel vedere se un uso di passeggio pubblico sopra un fondo potesse qualificarsi per diritto reale suscettibile di azione possessoria. Il convenuto Borghese eccepì non potersi ammettere reintegrazione per lo spoglio di diritti reali ma soltanto per quello di cose corporali, per difetto nel primo caso di oggetto reintegrabile; mancare il fatto dello spoglio, in quanto l'operato del Borghese più che una violenza contro l'altrui possesso era una difesa del proprio diritto; per l'azione di turbativa, trattandosi di servitù discontinua, mancare il titolo. L'attore replicò che il possesso del diritto reale equivaleva a quello di cosa corporale; che l'interdizione dell'accesso nella villa alla popolazione traducevasi in un fatto violento. Il Borghese appellò perchè si era ammessa la turbativa, il Comune per non pregiudicare la questione della reintegrazione nell'eventualità di uno spoglio avvenire: il Tribunale ammise la reintegranda, dichiarando non essere luogo a pro-

Digitized by Google

nunziare sulla manutenzione. Il Borghese ricorse in Cassazione perchè il Tribunale non avrebbe dovuto esimersi dal decidere sulla manutenzione, avendo considerato la possibilità del diritto reale nell'uso di passeggio sopra fondo altrui senza appoggio nè nella legislazione romana nè nella attuale, perchè la reintegrazione non potrebbe esser data per un diritto reale, bensì per una cosa corporale, dal momento che nella ipotesi non concorreva alcuna violenza.

Anche il Comune di Roma ricorse per l'omissione della pronuncia sulla manutenzione, rinunziandovi però in caso di rigetto dell'appello Borghese. Sul mezzo di rito la Cassazione osservò che in prime cure il pretore, esclusa la domanda principale della reintegrazione, accolse la subordinata della manutenzione; mentre il Tribunale fece l'inverso e cioè ammise la domanda principale della reintegrazione e quindi eliminò la subordinata della manutenzione, riproducendosi in grado di appello la prima istanza collo stesso ordine proposto in prime cure. Nè in appello, pel tenore delle conclusioni delle parti, si sarebbe dovuta ritenere divenuta principale quella domanda che in prime cure era subordinata, perchè l'ordine inalterabile delle domande di prima istanza sarebbe modalità sostanziale in appello; l'inversione delle domande costituendo cangiamento dei termini della citazione equivalente alla proposizione di domande nuove le quali si rigettano d'ufficio e non si prestano ad alcun quasi contratto giudiziale.

La seconda ragione addotta dalla Cassazione per ritenere ben negata dal Tribunale la pronuncia sulla manutenzione riesce meno chiara della prima ora addotta: la Cassazione ritiene che la sentenza denunciata abbia *in fatto interpretato* che l'ordine delle domande di prima istanza non sia cangiato; ma non dimostra che, di fronte alla chiara intenzione delle parti che si decidesse sulla manutenzione per escluderla o per ammetterla, vi fosse bisogno di uno speciale lavoro d'interpretazione. In appello le parti hanno l'interesse opposto, per la conferma o per la riforma della sentenza del primo giudice; e l'ordine della sentenza di appello non è tracciato dalla domanda ma dalla sentenza di primo grado: la domanda, per non essere domanda nuova, è sufficiente che

Digitized by Google

corrisponda alla citazione introduttiva della contestazione sin dal principio, per il contenuto e non per l'ordine, e quindi resta impregiudicato l'esame sulla violazione dell'art. 517, n. 6, Cod. proc. civile. Ma, siccome questo capo di gravame non interessa il nostro assunto, passiamo agli altri tre. Sul secondo motivo la Cassazione prende lo *ius deambulandi* in esame dal punto di vista della utilità pubblica, ricorrendo all'argomento d'analogia coll'articolo 542 per l'uso pubblico della fontana privata e ad una giustificazione diretta che si sarebbe voluta trarre dalla disposizione dell'art. 533 Codice civile. Entrambi questi argomenti, sia detto col massimo rispetto verso il supremo consesso, ci sembrano fallaci. In primo luogo, l'art. 542 attiene alle servitù legali derivanti dalla situazione dei luoghi e dirette alla pubblica utilità: e qui non si tratta nè di diritto derivante dalla situazione dei luoghi (per l'art. 542 l'abitato è prossimo al corso d'acqua che naturalmente trovasi sottoposto alla propria sorgente), nè diretto all'utilità, quando è questione unicamente di piacere, di voluttà. Ricordiamoci che, trattandosi di limitazione al diritto di proprietà, l'interpretazione vuol essere ristrettiva, e l'analogia, a stretto rigore, sarebbe anche vietata: ad ogni modo non avrà voluto certo la Cassazione intendere proprio (e non lo disse, mentre vi era portata quasi naturalmente dall'argomentazione) che nell'ipotesi si trattasse di servitù legale; poichè altrimenti per la dimostrazione si sarebbe trovata di fronte a difficoltà insuperabili. Ma richiama, a complemento della sua argomentazione, l'art. 534: ed anche per questo articolo noi osserviamo che si tratta di servitù legali; ed oltre a ciò le servitù stabilite per utilità pubblica sono in quell'articolo tassativamente indicate come riguardanti il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili o atti al trasporto, la costruzione o riparazione delle strade e di altre opere pubbliche. L'enumerazione, per le cose dette, è tassativa e non accenna punto al *deambulare in alieno*. Ma per lo *ius deambulandi*, si dice, vi sono gli art. 9, 19 e 22 della legge sulle opere pubbliche, in armonia coll'art. 68, n. 4, del regolamento sulla legge comunale; e quindi si passa al pericolosissimo argomento degli usi civici conservati dall'art. 3 della legge 28 giugno 1871 estendente

Digitized by Google

alla provincia romana la legge transitoria sull'abolizione dei fedecommessi.

Non si è osservato che nè la legge sulle opere pubbliche nè la legge comunale o il suo regolamento, come neppure gli elenchi di classificazione delle strade, hanno forza attributiva di proprietà e neppure intenzione o pretesa alcuna di un tecnicismo rigoroso che possa completare le disposizioni del diritto privato. Anzi l'art. 9 parla di strade ordinarie *d'uso pubblico*, e non di strade soggette a servitù pubblica; solo l'art. 19 parla impropriamente di *servitù pubblica*, e l'art. 22 non parla affatto di attribuzione della proprietà per le strade vicinali, mentre ne parla per le nazionali, le provinciali e le comunali (quanto al suolo): per la qual cosa il ritenere che la legge sulle opere pubbliche giudichi le strade vicinali di proprietà dei frontisti è un vero sogno, come è inesatto ritenere che si parli di *servitù pubblica* sulle vie vicinali con un significato diverso da quello che si annetterebbe all'espressione *uso pubblico*. Quanto al diritto di spigolamento o diritti consimili, oppure ai diritti conservati al pubblico malgrado la estesa abolizione dei fedecommessi, nessuno ha dimostrato ancora che si trattasse di diritti di servitù anzichè di semplici diritti reali; nè gli usi civici debbono confondersi coi diritti di servitù vera e propria. Quanto alla giurisprudenza, noi non dubitiamo che il pubblico avesse un diritto d'accesso nella galleria e biblioteca Brignole di Genova, ma solo non ci sembra che si tratti di servitù, come ci sembra che abbia confuso servitù con diritto reale semplice la Cassazione torinese (sconvolgendo ogni principio giuridico posto a base di tutta quanta la teoria delle servitù) sol per riconoscere al Comune di Vigliano un semplice diritto di uso pubblico su di un fondo Roasenda; nè ci sembra che per l'accesso del pubblico alla galleria Zambeccari, reclamato dal Comune di Bologna, si debba necessariamente presentarci la figura di una servitù d'uso pubblico anzichè d'un semplice uso civico.

A forza di cavillare per dimostrare l'estensione del concetto di servitù reale si è giunti sino al punto di sostenere che una servitù prediale *è sempre un diritto personale, ma in ragione di un fondo;* perlochè appunto per l'uso pubblico si

Digitized by Google

sarebbe potuto derogare alla contiguità dei fondi, ch'è condizione della servitù prediale privata! Noi non possiamo concepire invece come siasi potuto derogare per ragioni pubbliche ad un criterio sostanziale e fondamentale dello stesso concetto di servitù reale; quasichè, invece di falsare e storpiare il concetto unico di servitù prediale che non può venire se non dal diritto romano, non vi fosse stato modo di accordare egualmente efficace azionabilità anche al diritto reale considerato nella illimitata variabilità delle sue forme di applicazione pratica ai vari negozi giuridici. Invano si adducono due decisioni della Cassazione francese che avrebbe caratterizzato come servitù prediale un diritto di caccia concesso ad un Comune su fondo privato, allo scopo di generalizzare il principio che il diritto di servitù di uso pubblico su fondo privato sarebbe inerente non alla persona dell'abitante in un dato Comune, ma soltanto al fatto dell'abitazione nel Comune stesso: per la qual cosa si avrebbe il diritto su di un fondo a favore di un altro fondo, e quindi una servitù reale. Ma questa è addirittura un'aberrazione, sia detto con tutto il rispetto per il Supremo Consesso!

L'abitazione nel Comune di Roma non era affatto condizione per l'esercizio dello *ius deambulandi* nella Villa Borghese: un abitante di Mentana o di Frascati (per non parlare degli stranieri che vanno e vengono e stanno e tornano continuamente) poteva, come può darsi, la soddisfazione di venire a Roma a cavallo o per ferrovia o per automobile al solo scopo di passeggiare un'ora per la Villa Borghese e quindi tornarsene immediatamente collo stesso mezzo alla sua casa di Mentana o di Frascati senza aver cessato un istante di essere abitante di Mentana o di Frascati; nè all'ingresso della villa i custodi chiedono la giustificazione agli ingredienti per constatare che siano cittadini di Roma, o vi abbiano domicilio o per lo meno residenza o dimora abituale. La loro materiale presenza, che può anche ritenersi limitata a quel tanto tempo ch'è necessario alla *voluptas deambulandi*, oltrechè per essi non ha una causa perpetua, non è in alcun modo influenzata dall'ubicazione della villa in Roma, ove essi non entrano neppure: se la villa e il museo Borghese, anzichè trovarsi al limitare della porta Flaminia, si trovassero situati

Digitized by Google

invece sui colli Albani, per essi sarebbe tutt'una cosa, e non minore sarebbe in essi il desiderio di accedervi e di passeggiarvi. Invece, trattandosi di quei diritti di cui è parola nell'art. 534 Cod. civile, tassativamente, noi possiamo ritenere in essi l'indole di servitù anche, e sopratutto anzi, per il rapporto di vicinanza dei fondi o degli spazi dei quali si tratta a spazi e località di spettanza privata: ed anche nel caso dell'art. 542 Codice civile la servitù deriva dalla situazione dei luoghi: tanto vero che il primo di detti articoli è posto nella parte generale delle servitù prediali e il secondo nella sezione delle servitù che derivano dalla situazione dei luoghi, in modo più speciale.

Ora non è dato creare delle servitù legali oltre le ipotesi previste dalla legge; nè tampoco di servitù legale, ma di servitù acquistata per negozio giuridico diretto, si parla e dallo stesso Comune di Roma e dalla sentenza appellata. Vano è il sostenere che la necessità *non è il tipo fisso e inflessibile di ogni servitù* e che vi ha anche quella utile, colla differenza che la servitù ordinata ad uno scopo di necessità esiste *ope legis*, e l'altra rispondente ad una utilità si crea, tra i bisogni di un popolo civile lo spaziare in luogo ameno prima che dilettevole presentandosi come utile. Questo è un vero cavillo e un vero spostar di questione. Se tra le parti vi fosse accordo sullo *ius deambulandi in alieno*, si avrebbe sicuramente un diritto reale, ed in taluni casi potrebbe anche presentarsi la servitù prediale, forse una servitù personale assimilabile all'uso o avente per oggetto un uso parziale; ma qui si tratta di una limitazione alla proprietà *invito et renuente domino*, e perciò convien procedere con molte cautele e repugnare da ogni criterio estensivo.

La sentenza sembra invece che trovi naturale allargare oltre i limiti del decente le ragioni di utilità voluttuaria, fino a cagionare una incivile estensione del concetto di servitù pubblica, sol perchè ritiene possibile l'espropriazione per pubblica utilità. Ma appunto questo argomento è la più chiara rivelazione della posizione dei fatti: per garantire e assicurare l'uso pubblico, come su di una strada, conviene che il Comune diventi addirittura proprietario della villa, perchè è proprio il caso di espropriare e non semplicemente di limi-

Digitized by Google

tare la proprietà. È proprio che l'indole della servitù non si presta. L'inapplicabilità pretesa delle disposizioni del romano diritto è un argomento che oltrepassa le necessità dei tempi moderni, cotanto strombazzate, mentre anche i Romani sentivano le esigenze dei servizi pubblici e delle pubbliche utilità; e le oltrepassa perchè nessuno può negare che le disposizioni romane non escludano la possibilità di una convenzione avente a base lo *ius deambulandi* o diretta allo scopo di provvedere ad un uso pubblico.

Che l'uso pubblico si sovrapponga o coesista colla privata proprietà non è nè un prodotto caratteristico del diritto germanico di condominio, nè in contrasto col preteso rigore e colla pretesa angustia del diritto quiritario, che sarebbe omai tempo di lasciare in pace e di non fraintender più. Il contrapporre pertinacemente servitù privata a servitù di uso pubblico è tutto un giuoco di equivoci: nè il senso della l. 9, Cod. 12, 42, deve adattarsi alla conversione in proprietà pubblica della proprietà privata, perciocchè ZENONE volle provvedere unicamente a reprimere le usurpazioni dei privati contro le fonti pubbliche, sia quanto alla proprietà, sia semplicemente quanto all'uso. Dispose adunque ZENONE che una fonte la quale fosse stata un tempo di proprietà o di semplice uso pubblico non potesse mai divenire di proprietà o di uso privato, neppure per effetto di decreti imperiali (i quali avrebbero dovuto ritenersi surrettizi) nè di *longi temporis praescriptio*. Del resto, nota la sentenza che i commentatori, dovendo escludere nelle ipotesi fatte da PAOLO (L. 8, Dig. 8, 1) la servitù reale, erano proclivi ad ammettere tuttavia una servitù personale sotto la forma di uso; l'uso pubblico convertendosi in proprietà pubblica con uso dei cittadini, mentre oggi i due diritti, di proprietà privata cioè e di (servitù di) uso pubblico, coesistono tranquillamente, divenendo possibile su di quella l'esistenza di quest'ultimo.

Come abbiamo visto, questa conversione della proprietà privata in proprietà pubblica per diritto romano è completamente immaginaria, ed è completamente fantastico (se così si crede di concludere) ravvisare un'utile servitù nella causa perpetua dell'uso pubblico; dappoichè di servitù utili non si vede traccia nelle fonti. Quanto al terzo mezzo, che cioè la

Digitized by Google

reintegrazione sia ammessibile solo in tema di detenzione di cosa materiale ed esclusivamente per questa, resisterebbe secondo la sentenza l'esegesi dei combinati art. 685 e 695, non pregiudicata dal senso dell'art. 694. Per noi qui sarebbe prematuro approfondire la questione del possesso: solo, quanto alla ragione della legge, che risale al principio dell'antico diritto canonico — *spoliatus ante omnia restituendus* — ci sembra persino una triste parodia che debba rispettarsi il possesso momentaneo (se possesso può chiamarsi) del predone, di fronte al diritto di esclusione altrui, che pure il proprietario possiede e che, dopo tutto, non può non essere e rimaner tutelato in ogni caso col principio accettato, *vim vi repellere licet;* poichè sarebbe non solo assurdo, ma anche ridicolo, si facesse carico al proprietario dell'esercizio del suo diritto per favorire (anche soltanto in possessorio) il predone. Anche la tutela del possessorio non va esagerata; senza contare che sarebbe sempre discutibile che la detenzione del predone potesse elevarsi alla dignità di vero possesso, come istituto che sorge bensì dal fatto, ma richiede però sempre il concorso di elementi giuridici che diano al fatto materiale un significato od un'influenza qualsiasi nel diritto patrimoniale. E vuolsi inoltre fare le debite riserve sulla pretesa che in diritto moderno la reintegranda sia totalmente diversa da quella che era per diritto romano, in modo che si debba radicalmente cangiare oggi il criterio d'interpretazione ripudiando ogni argomento tratto dalla l. 3, § 13, Dig. 43, 6, e dalla l. 4, § 27, Dig. 41, 3. Addirittura esilarante poi è la discussione del tema sulla violenza, come base della reintegrazione del possesso. La violenza è una lesione, ma *qui iure suo utitur neminem ledit:* sarebbe strano che il proprietario di un fondo, sul quale una pretesa qualsiasi di diritto reale da parte di terzi fosse accampata, non fosse padrone di disporne a suo talento, fino a che questa pretesa non fosse assistita da un vero *possesso legittimo,* ma solo da un *possesso equivoco discutibile,* e, meno che da un possesso, da un semplice esercizio anche accompagnato a detenzione. Allora non sarebbe difficile, accampando una pretesa qualsiasi di un diritto immaginario sulla cosa, ricattare (diremo così) i diritti del proprietario e imporgli una difesa possessoria anche soltanto

Digitized by Google

per fargli dispetto: la legge giuridica sarebbe fomentatrice e complice di disordini, e, per converso, la violenza del privato proprietario sarebbe garanzia e mezzo d'ordine.

A questo condurrebbe l'esagerazione, oggi tanto facile, della tutela di una qualsiasi pretesa che un mascalzone qualunque potrebbe affacciare sulla mia proprietà: o perchè allora io proprietario non dovrei avere contro questo usurpatore quei diritti e quelle azioni che a me, come a possessore *iure proprietatis* sulla cosa, dovrebbero essere in misura non minore accordati, di quella che si concede al malvagio accattabrighe il quale spera di eludere la legge e offendere la proprietà sotto l'egida della legge stessa? Non rovesciamo dunque la situazione: e, sebbene il pubblico che accedeva alla villa Borghese avesse le più miti e le più oneste intenzioni di questo mondo e neppure nutrisse in cuor suo quell'*animus possidendi* e *possidendi ad usucapionem*, che pure in ogni altro caso si riscontrerebbe necessario per assicurare la tutela giuridica del possesso, tuttavia la deroga ai principii, una volta ammessa, non conosce limiti. Del resto, che nell'ipotesi non si trattasse di questione di puro fatto incensurabile in Cassazione, siamo d'accordo colla Corte Suprema perfettamente. Il criterio della violenza secondo noi potrà tuttavia esser relativo quanto si vuole ed anche potrà tradursi nella semplice ragion fattasi (L. 6, Dig. 48, 7; l. 3, §§ 13 e 14, Dig. 43, 16; l. 6, § 1, Dig. 41, 2; ll. 1 e 26, Dig. 43, 24, che la stessa Cassazione riconosce non relativi all'interdetto *unde vi*), ma non potrà mai essere invocato contro il possessore a titolo di proprietà (cioè *pleno iure*, *iure optimo maximo*), se chi lo invoca non riesce prima a giustificare un possesso legittimo. Altrimenti si andrebbe a finire col rendere il proprietario meno padrone della cosa sua in confronto del primo estraneo che capita: la qual cosa, se potrà esser comoda ai detrattori e agli insidiatori del diritto di proprietà, non è però degna nè della tutela delle leggi nè del benevolo atteggiamento della giurisprudenza, la quale, partendo da tesi *a priori* più o meno utopistiche, non può riuscire che a delle vere e proprie enormità, come la sentenza della Cassazione romana, di cui ci siamo venuti occupando.

Digitized by Google

CAPO II.

Fattori di spazio, di tempo, di causa.

17. Giacitura dei luoghi in pianura o in declivio. — 18. Fondi contigui e fondi interposti. — 19. Qualità dei terreni e permeabilità del suolo alle acque. — 20. Gli spazi aerei e il veicolo che li unisce; fenomeni di luce, di emanazione, di dilatazione; fenomeni di elettricità a distanza. — 21. La quantità della servitù in rapporto alla durata di essa. — 22. Le stagioni in rapporto all'esercizio della servitù. — 23. Il giorno e la notte nell'uso delle servitù. — 24. Unità di tempo, di luogo, di quantità e loro combinazione. — 25. Sulla causa perpetua nelle servitù prediali.

17. Nell'ordine dei fatti fisici l'esplicazione dei rapporti di servitù è intimamente connessa colla giacitura dei luoghi, secondochè questa giacitura è su di un ripiano più o meno perfetto, oppure su di un declivio visibile e rilevante; in altri termini e grossolanamente parlando, secondochè il terreno si trovi in pianura ovvero in montagna. Questo concetto è interessante soprattutto per la servitù delle acque; inquantochè, non potendosi avere un terreno tanto poroso da imbeversi di acqua come una spugna e da trattenere in sè quest'acqua senza lasciarla correre, la maggiore o minore pendenza del terreno stesso influisce sullo scolo delle acque in forma sistematica talmente, da creare dei rapporti giuridici diversi da caso a caso, da giacitura a giacitura. Nelle stesse oscillazioni superficiali del suolo si stabilisce un sistema di deflusso; e a questo sistema rispondono a loro volta talune modificazioni prodotte sul suolo stesso dalle acque che vi cercano una sistemazione permanente. Gli strati poi del sottosuolo, nella varietà della loro composizione chimica e della loro fisica conformazione, possono presentare una rete venosa di correnti acquee, della quale sono magari sconosciute le grandi arterie, ma che ubbidiscono anch'esse a leggi o normali che possono in parte rivelarsi all'occhio esperto dell'idraulico.

Evidentemente l'equilibrio delle masse acquee sotterranee e nel soprassuolo non è stabile, ma sottoposto a mille e mille oscillazioni e variazioni, in parte prevedibili e in parte no; e lo stesso dicasi dell'equilibrio tra le masse di acqua e le

Digitized by Google

masse di terra, alla superficie e a qualsivoglia profondità del suolo. Mentre tra le une e le altre si sta lentamente e faticosamente determinando l'equilibrio, alterazioni pazienti e profonde si verificano nella massa terrestre; anzi, a parlare con vera precisione scientifica, può ritenersi che non un momento di equilibrio vero si abbia, ma una serie di tentativi più o meno intensi e rapidi verso l'equilibrio fisico. Per la sistemazione degli strati profondi, poco importa che la superficie del suolo si trovi in pendenza; talchè a quel disordine di correnti che noi possiamo riscontrare alla superficie di un terreno frastagliato e in declivio, dopo una lunga pioggia con effetti torrenziali, può rispondere una calma sensibile, per quanto relativa anch'essa, negli strati del sottosuolo. A queste variazioni dalla superficie al profondo, ma soprattutto alla superficie e alla crosta, non è del tutto estranea l'azione dell'aria o dei gas aeriformi; talchè appunto tra i varî elementi che compongono il nostro globo si forma quasi un'intonazione riflessa dall'armonia dei sistemi del firmamento attorno al gran centro unico che rimane sconosciuto alla scienza. Se in taluni cataclismi aero-tellurici all'intonazione si sostituisce la discordia e la confusione degli elementi, un tale stato è meramente transitorio e torna ben presto la tendenza alla posizione d'equilibrio.

Ma, tenuta presente la sola posizione dei luoghi in pianura o in declivio, senza dubbio quella posizione influisce potentemente a caratterizzare la struttura della servitù e a determinarne la conformazione. E, per non parlare della vicinanza di boschi o di cave sotterranee che possono interrompere le vene o correnti delle acque, basta por mente alla diversità dei lavori agricoli e delle culture stesse a seconda che il terreno si trova più o meno fortemente inclinato, ondulato, scosceso, dirupato. Questa diversità culturale poi a sua volta influisce anche sui primi strati del sottosuolo e sull'*humus;* e quindi, necessariamente, produce una modificazione nella sistemazione delle acque più o meno profondamente sotterranee. I torrenti e fiumi sotterranei e le acque stesse sorgive hanno diretta relazione colla giacitura dei luoghi, che ne determina il percorso e il bacino; a loro volta sono in corrispondenza colle acque che appariscono alla superficie della

Digitized by Google

terra e costituiscono con esse tutto un sistema idraulico, in cui l'opera dell'uomo può aggiungersi e sovrapporsi a quella della natura.

Questo abbiamo detto, perchè, neppure dal punto di vista giuridico, si debba guardare con indifferenza tutto ciò che attiene alla naturale giacitura dei luoghi: la qual cosa apparisce principalmente dalla sistemazione delle acque. Ma, anche all'infuori della sistemazione delle acque, la situazione dei luoghi, secondochè in pianura o in declivio, influisce sulla costituzione e sul comportamento delle servitù e caso per caso merita uno studio particolare e diligentissimo, del quale è quasi impossibile tracciare soltanto le linee generali. Nei rapporti tra edifici la giacitura dei luoghi, comechè meno direttamente e meno visibilmente, ha anche una non lieve importanza, e, oltrechè costituire una modificazione al sistema delle acque del displuvio superficiale, importa anche, sino alla profondità delle fondamenta, una certa modificazione nella crosta terrestre: dalla quale modificazione possono derivare senza dubbio delle conseguenze per la solidità di un edificio sottostante e per la sistemazione di tutto quanto il suolo circostante. Anche le livellazioni artificiali, almeno in un primo periodo di tempo, non alterano la sistemazione del suolo sottostante alla nuova opera: l'unificazione dello strato artificialmente sovrapposto collo strato preesistente avviene colla lentezza ch'è necessaria per dar modo alle forze della natura di esplicarsi in effetti durevoli e permanenti. In questo primo periodo di tempo i rapporti tra fondi non sono modificati che in sede tutt'affatto superficiale: la modificazione negli strati profondi del sottosuolo, sotto il livello delle ultime fondamenta, per effetto della livellazione superficiale, sopraggiunge lentamente più tardi.

In qual momento tali modificazioni si ripercuotono sul sistema dei rapporti naturali e legali di vicinanza; oppure in qual momento dànno vita ad un rapporto di servitù, derivante dalla costruzione o dall'opera nuova dovuta al fatto dell'uomo? Per aversi una vera e propria servitù non basta una variazione qualsiasi alla rete delle acque sotterranee: più che altro la servitù deriva dalle modificazioni alla superficie o a poca profondità della crosta terrestre, e allora se ne rico-

Digitized by Google

nosce l'esistenza, quando questa apparisce da fenomeni esternamente visibili e dotati di una certa importanza pratica. Le alterazioni minime e in via di formazione, per la cui constatazione occorrerebbero minute indagini della scienza e dell'arte; i depositi, i detriti, le filtrazioni capillari e tutti i fenomeni della vita inorganica o minerale, dovuti all'opera dei secoli, non dànno materia nè contenuto giuridico di servitù. Si può denunciare l'opera nuova dell'uomo, quando può dimostrarsi dannosa o pericolosa al fondo proprio; ma, se questo danno e questo pericolo non risultano, oppure all'infuori dell'uno o dell'altro, la legge giuridica non ha rimedi. Nè si può lasciare questa legge d'imprevidenza o di leggerezza; perchè anche gli atti semplicemente emulativi trovano la loro sanzione repressiva nelle leggi sia sotto forma preventiva, sia sotto forma di rifazione dei danni, ma non già sotto forma di azione negatoria della servitù, di cui in tal caso non se ne riscontrano i caratteri esteriori, neppure quando la si volesse ammettere sotto la semplice forma di rapporto di vicinanza.

Senza dubbio, la giacitura dei luoghi è soprattutto rimarchevole in materia di regolamento e sistemazione delle acque alla superficie, meno importante per la sistemazione delle acque del sottosuolo, di quasi nessuna importanza per i rapporti tra i vari strati o giaciture di roccie interne della crosta terrestre e i vari sedimenti tellurici. Lo studio sulla formazione delle roccie terrestri può constatare delle modificazioni più o meno grandi, dei processi più o meno profondi di alterazione e di cambiamento nella struttura e nella composizione dei vari strati; ma la formazione e la trasformazione dei rapporti di servitù tra fondi deve risultare da fenomeni che in un dato momento si possano agevolmente rappresentare in tutta la loro importanza ed estensione e che siano talmente sensibili e visibili, da potersi tradurre ancora in un calcolo patrimoniale di utilità acquistate dalla parte del dominante e di utilità perdute da parte del serviente. Il lato più difficile degli accertamenti tecnici e delle riparazioni giuridiche non sta soltanto nè soprattutto nella valutazione del contenuto e dell'entità di una servitù, quanto piuttosto nella determinazione dei danni e dei pericoli, così

Digitized by Google

in occasione di una denuncia di opera nuova, come in occasione di una domanda di rifacimento o soddisfazione compensativa.

18. Due o più fondi, posti tra loro in rapporto di sistemazione, sia quanto alle acque, sia quanto al suolo, possono essere o contigui o interposti insieme ad altri in una medesima zona. Perchè due o più fondi interposti possano in qualsiasi modo influire l'uno sull'altro, anzitutto è necessario che appartengano ad uno stesso versante o linea di displuvio; poichè, se due o più terreni fossero separati da una catena di monti, certamente non potrebbero esercitare l'uno sull'altro alcuna influenza, essendovi tra mezzo una massa enorme, la cui esistenza sembra voglia rispondere ad un concetto di confinazione posta dalla natura stessa e ben più profondamente operativa di quanto per l'opera dell'uomo potrebbe risultare. Or dunque, se da un versante all'altro si riscontra una considerevole differenza di struttura della crosta terrestre, almeno per quanto in ciò è dovuto alla diversa e opposta direzione delle acque grazie all'opera della natura sistemate; evidentemente i fondi che si trovano dall'un versante nessun rapporto possono avere con quelli dell'altro versante, a meno che essi non confinino tra loro sulla linea dello spartiacque che separa i due displuvii. Quei terreni invece che giacciono da uno stesso versante sono tra loro in rapporto necessario, per la sistemazione delle acque più continuamente ed apparentemente, poi per le trasformazioni della crosta superficiale destinata al primo ufficio culturale, e poi anche per gli strati del sottosuolo ai quali si estende la radice dei vegetali o che per contraccolpo possono sui vegetali stessi e loro radici esercitare influenza. Questa influenza però si presenta sotto mille aspetti e per mille riguardi, nè può determinarsi in modo uniforme per tutti i luoghi; nè, senza la valida cooperazione del geologo, può dal giurista o dall'agricoltore valutarsi nella sua integrità e nella sua vera portata. In territorio scosceso vi sono poi dei rapporti eccezionali tra fondi limitrofi, che sovente giungono sino a rivestire importanza considerevole anche dal punto di vista del regolamento giuridico: cataclismi telluríci sono possibili anche in pianura, ma sul declivio di

Digitized by Google

un monte o di un colle con grave pendenza, specialmente quando la qualità del terreno non è molto compatta, si verificano frane e spostamenti anche soltanto della crosta superficiale dall'alto al basso senza cambiamento alcuno della posizione e della giacitura degli strati sotterranei.

La frana del suolo è un'eventualità fisica ed un fenomeno tellurico dovuto a forza maggiore; quindi non può in guisa alcuna costituire nonchè materia di servitù (e ciò anche per la mancanza del requisito causale, per quanto questo si ritiene necessario in un comportamento giuridico speciale), ma neppure argomento di turbativa del possesso da parte di alcuno. Simili in gran parte alle frane del suolo, per gli effetti loro, debbono riguardarsi gli altri sconvolgimenti naturali, dovuti a causa di forza maggiore e portanti alterazione alla superficie e in uno strato più o meno profondo del suolo; come la voragine e l'avvallamento naturale del suolo stesso, quando l'opera dell'uomo non vi abbia in modo alcuno contribuito. In effetto, anche un avvallamento leggiero di pochi metri basta ad alterare la sistemazione delle acque per più chilometri quadrati di superficie, sia per i suoi effetti diretti come per i suoi effetti indiretti; e questa alterazione di fatto produce anche un cambiamento generale nei rapporti giuridici da fondo a fondo, allorchè questi fondi trovansi tra loro in posizione di confinanti. Pur tuttavia l'effetto di cataclismi o di accidenti naturali in genere potrebbe sempre trovar rimedio nella riparatrice opera dell'uomo: la voragine può colmarsi, l'avvallamento si può eliminare, e via dicendo. Ma questo ritorno alla sistemazione primitiva ha luogo o per convenzione tra gli interessati o per ragioni d'ordine pubblico; non già perchè nei fatti indicati si ravvisi l'estremo della servitù e neppure di qualche lesione risarcibile, nei rapporti di vicinanza. Diversamente accadrebbe, qualora la voragine fosse prodotta da scavi praticati artificialmente nel fondo vicino; o quando fossero rotte le vene d'acqua che passano da un fondo all'altro: o quando da un forte diboscamento fossero aumentate le probabilità di guasti dovuti alle acque; o quando gli avvallamenti in forma sensibile fossero il prodotto di una specie di coltura che esigesse certi determinati manufatti sul terreno, a forma di scaglioni o di scarpate. In tali casi è sempre aperto l'adito

Digitized by Google

alle ricerche se, nel fondo vicino a quello nel quale l'opera o manufatto si compie, sia stato prodotto un danno e se e fino a qual misura un danno di questa specie sia risarcibile. In questi casi infatti l'opera della natura non è che la conseguenza diretta ed immediata dell'opera dell'uomo che la precede.

Anche la interposizione dei fondi è causa della sistemazione dei fondi limitrofi, sia in rapporto tra di essi, come in rapporto coi fondi interposti. Il fondo, considerato come interposto tra altri fondi o tra fondi e corsi d'acqua, tra fondi e bacini d'acqua, tra fondi e mare, oppure tra fondi e strade pubbliche, presenta all'esame del tecnico e del giurista l'aspetto completo delle relazioni giuridiche di cui una data superficie può essere suscettibile. L'interposizione di un fondo è determinata dall'insieme delle linee di confine di quel fondo; e, anche a seconda del frastagliamento delle linee di confine, il fondo stesso presenta una varietà di relazioni di fatto, alle quali debbono rispondere altrettante conseguenze giuridiche diverse. Rispetto alle servitù, da una parte il fondo interposto può essere dominante e da un'altra parte può essere serviente, a seconda che lo si considera in rapporto con questo o quello dei fondi di confine: il che dimostra quanto il regolamento delle servitù, considerato nel suo insieme, armonizzi con quei concetti direttivi che servono altresì alla determinazione dei rapporti di vicinanza in genere.

Una veduta semplicemente unilaterale su di un rapporto di servitù può ben darci una idea di ciò che costituisce il rapporto giuridico tra due fondi soltanto, in un caso individualmente determinato; ma non è sufficiente a darvi una idea completa della posizione giuridica del fondo in tutte le sue attinenze topografiche, ossia nella sua vera realtà oggettiva. L'isolamento pieno di un fondo è soltanto immaginabile per le case, e in via d'eccezione pei terreni; quando, a mo' d'esempio, si tratti di terreni che si estendono per tutta quanta un'isola e che sono da tutte le parti circondati dal deserto, ch'è spazio *nullius*, o dalle acque fluviali, lacustri o marine. Ma, tolta l'ipotesi delle isole e delle oasi, in ogni altro caso la posizione di fondo interposto è una posizione naturale, necessaria, inevitabile; e i rapporti giuridici che

Digitized by Google

ne sorgono, considerati nell'interezza loro, sono rapporti pienamente normali.

Il fenomeno della interposizione può dal punto di vista giuridico assumere un'importanza speciale, allorchè un fondo è interposto o quasi incastrato entro altri fondi appartenenti ad una medesima persona; in tal caso vi è grave pericolo che il fondo interposto sia obbligato a subire le meditate prepotenze del proprietario dei fondi che lo accerchiano, e che le attività tutte del luogo siano sfruttate dal proprietario di questo o di questi fondi, per intiero. Spesso infatti, praticamente, tanti sono i soprusi che il proprietario dei fondi circuenti pone in opera a danno del proprietario del fondo circondato, che costui si vede costretto, per il suo meglio, a disfarsi del proprio fondo, quasi sempre vendendolo a poco prezzo al proprietario dei fondi circuenti. La legge giuridica non può certamente divietare che più fondi appartenenti ad un proprietario unico circondino intieramente un altro fondo diguisachè a questo fondo non resti altra via d'uscita, fuorchè attraverso i fondi di proprietà di un solo proprietario: solo può frenare gli arbitrî del vicino circuente, anzi darne al giudice i mezzi.

19. Anche la qualità dei terreni è fattore essenziale per determinare i rapporti di sistemazione tra più fondi vicini o servienti gli uni agli altri. Lo strato superficiale della terra (*humus*), adattato ai fini di una o di altra coltura, giunge fino ai trenta centimetri di profondità e costituisce *una forma transitoria di tutto ciò che ebbe organizzazione* (1); massime quando esubera, esso è, più o meno, spugnoso, umido e freddo e comunica queste sue proprietà agli strati circostanti. A seconda delle varie culture lo si prepara diversamente; ed è impossibile che in una coltura razionale non se ne tenga conto o non se ne curi la formazione, poichè di regola sulle nude roccie o sui materiali terrosi privi di una sistemazione superficiale in una conveniente stratificazione di *humus*, non alligna nè può allignare una coltivazione, mancandovi la possibilità che un dato germe, come volgarmente si dice, attacchi,

(1) MALAGUTI, *Comptes rendus*, XXXIV, p. 112-114.

Digitized by Google

vale a dire si renda disposto ad appropriarsi dalla terra il materiale adatto alla sua vita organica e al suo sviluppo.

Da un punto di vista assai elevato, *l'humus è il punto centrale da cui parte ed al quale ritorna ogni produzione vegetale* (1), sia per via diretta come per via indiretta; ma questo che ha importanza capitale per gli agronomi, per noi che ci occupiamo delle servitù non interessa punto, poichè a noi basta constatare che la diversa composizione dell'*humus* influisce sulla maggiore o minore porosità del suolo. Infatti l'*humus*, considerato come agente meccanico, ha la missione di temperare l'eccessiva porosità, sofficità e leggerezza dei terreni (in tal caso la pratica chiama i terreni *sciolti*) e di agglutinare le particelle disgregate o facili a disgregarsi; e d'altra parte ha pur la missione di diminuire l'indurimento della crosta dei terreni, favorendo la penetrazione delle acque sovrabbondanti nel sottosuolo e l'ascensione dell'umidità dal sottosuolo alla superficie esterna, nei periodi di siccità. Ora di quanta importanza queste proprietà siano, dal punto di di vista della sistemazione delle acque, non v'ha chi non vegga. Dato anche che l'*humus* raggiunga il massimo dell'idealità culturale pratica, vale a dire la discreta porosità dei terreni, per quanto è necessaria all'influenza, alla vita organica dei ricambi inorganici, conciliata coll'agglutinamento delle particelle sciolte allo scopo di favorire l'adesione del germe alle sue fonti di vita e quindi lo sviluppo del germe stesso: dato dunque che l'*humus* sia quale deve essere, tenuto conto anche della varietà delle culture alle quali riesce adattato, è evidente che queste sue proprietà non si limitano nè s'immobilizzano al suolo sul quale sovrasta e di cui costituisce la crosta superficiale che si modifica a contatto coll'aria, ma traggono seco delle conseguenze che si ripercuotono, più o meno intensamente, più o meno da lontano, anche nella sistemazione generale di tutta quanta la zona del territorio circostante.

Anzitutto, la maggiore o minore durezza dello strato superficiale, e sia pure non oltre i trenta centimetri di profondità, è d'importanza grandissima per la stabilità o meno della

(1) Élisée Reclus, *Nouvelle géographie universelle;* Paris, Hachette.

Digitized by Google

crosta superficiale, specialmente dove il territorio è in pendenza e dove l'affluenza delle acque, per il sistema orografico, è durante le pioggie autunnali considerevole. Se la crosta superficiale della terra non è formata in modo da assicurarle una compattezza conveniente, accade che sotto l'azione di pioggie torrenziali sovente l'*humus*, male adattato alla coltura speciale che vi è diffusa, è trascinato con tutti i germi o le radici (specie quando queste sono poco forti) per il declivio del colle al quale appartiene la zona di terra della cui sistemazione si tratta: e, trascinato su terreni più bassi, spettanti ad altri proprietari, anche ivi guasta la coltura preesistente e predispone un'altra forma di vegetazione, qualora i proprietari dei fondi inferiori non abbiano avuto cura di preadattare la coltura loro a questo pericolo, non difficilmente prevedibile in taluni casi. Allora abbiamo dei fenomeni di minore intensità, ma presso a poco di egual natura di quelli che derivano dalle inondazioni: trasporto di limo, di detriti, di tronchi da una parte all'altra di una zona territoriale; denudamento di uno strato superficiale e seppellimento di altro strato superficiale. E questi fenomeni sono maggiormente favoriti dai disboschimenti; talchè, alle zone molto inclinate e dove non esiste il ritegno delle radici di alberi poderosi, con assai facilità accadono di siffatti spostamenti, non privi di conseguenze per la coltivazione della zona nella quale si verifica e alla quale si estende il cataclisma. Lo stesso scolo normale dell'acqua piovana si compie diversamente, a seconda che il suolo sul quale l'acqua trascorre è più o meno compatto, oppure più o meno poroso.

Più sotto, oltrepassato lo strato dell'*humus* e alla profondità degli strati ben sotterranei, dove non giunge, sensibilmente almeno, l'influenza dell'aria atmosferica, nè della temperatura esterna, nè delle intemperie, nè dei raggi solari, noi incontriamo delle zone di terra che influiscono sulla sistemazione delle acque sotterranee e della stessa crosta superficiale dei terreni finitimi, ma posti a livello più basso. La terra vegetale, ossia rispondente allo strato dell'*humus*, per quanto sia resistente alle varie cause di corrosione quando è allo stato naturale, rivestita di erbe e attraversata in ogni senso dalle radici che s'intrecciano diventa di una certa

Digitized by Google

resistenza (1): ma di maggior resistenza e durezza sono gli strati sotterranei, che possono chiamarsi di terra esclusivamente minerale e che o non è adatta o ad ogni modo non serve alle funzioni della vegetazione. Ma tuttavia, per l'opera lenta e paziente dei secoli, anche nelle roccie sotterranee si avverano alterazioni profonde, per cavità d'ogni specie, fessure, grotte, caverne, erosioni: le quali alterazioni degli strati sotterranei, specialmente se facilitate dalla cedevolezza di qualche strato argilloso, si ripercuotono su tutte le roccie della massa di terra sovrastante, fino alla superficie che trovasi a contatto diretto coll'aria atmosferica. Ed allora abbiamo i fenomeni delle frane e degli scoscendimenti, i quali non si limitano mai, quanto agli effetti, alle zone che si trovano sulla linea verticale sopra allo spazio, in cui il fenomeno ebbe a manifestarsi, ma si estendono al terreno sovrapposto, al sottoposto e al circostante, dando così vita ad una rete di fenomeni svariati prima di raggiungere un nuovo equilibrio tellurico, la cui costanza non sarà del resto mai assoluta.

Ma le trasformazioni più sensibili negli strati sotterranei saranno date senza dubbio dall'influenza delle correnti acquee sotterranee sugli strati più o meno permeabili del sottosuolo. È legge fisica infatti che, mettendo un solido qualsiasi a contatto con un liquido atto a bagnarne la superficie, quel liquido penetra grado grado nei pori più interni del solido stesso per azione capillare; e questo chiamasi fenomeno di permeazione per imbibizione ed ha rapporto coi moti molecolari dei liquidi in rapporto alla loro temperatura. Un tale fenomeno di permeazione si sperimentò di preferenza sulla sabbia silicea, riscontrandovi due fasi: l'una di coesione e l'altra di adesione; nella prima delle quali è dato ravvisare dei veri e propri risultati di capillarità, ossia di coesione propria del liquido. Oltre al fenomeno di permeazione del liquido nel solido, gli strati sotterranei della terra sono esposti

(1) A prova di questa resistenza si possono richiamare i tumuli ancora intatti di antiche sepolture e i molti trinceramenti di terra costruiti dagli antichi Romani e che conservano ancora intatta la loro forma, grazie alla terra incolta che li ricuopre, e solo recante erba allo stato naturale.

Digitized by Google

anche ai fenomeni di osmosi tra un liquido e l'altro, oppure tra un gas e l'altro, separati da un tramezzo di terra relativamente sottile ed in ogni caso cedevole per la sua porosità e insufficiente resistenza alla pressione da uno dei lati, e perciò reciprocamente, per quanto con diversa intensità, irruenti l'uno sull'altro. Di qui la produzione di alterazioni sotterranee, per il precipitarsi dell'uno sull'altro liquido, dell'uno sull'altro gas; e talora anche la combinazione chimica di questi liquidi o di questi gas tra loro. Evidentemente, specie quando tutto ciò accade negli strati sotterranei per grandi volumi di liquidi o masse gassose, non può non ripercuotersene l'eco anche negli strati più vicini alla superficie o crosta terrestre e talora anche nello stesso strato scoperto, a contatto coll'aria atmosferica. Anche in questi casi sono scoscendimenti, frane, voragini, avvallamenti magari leggerissimi che si presentano ai nostri occhi; noi, alla superficie del suolo, ordinariamente non ce ne sappiamo rendere ragione e non giungiamo a conoscerne la causa; ma gli strati sotterranei racchiudono nel loro seno la spiegazione di tutto, anche se il fenomeno non si manifesta a picco o in linea perpendicolare tra lo strato o gli strati sotterranei dove questo sconvolgimento avviene e la crosta superficiale dove se ne ravvisa l'effetto e se ne risentono le conseguenze.

Gli strati silicei e argillosi sono di una permeabilità speciale; e, quando si trovano in posizione obliqua o tra di loro o con gli strati circostanti, evidentemente l'acqua va a trasportarsi da un fondo all'altro e si costituisce una nuova rete di vene sotterranee che cambiano le basi della sistemazione idrografica anteriore di quei fondi vicini. A questa inclinazione degli strati sui quali trascorre l'acqua sotterra e degli strati prossimi ad essi può non rispondere l'inclinazione dei corrispondenti strati superficiali, i quali possono anche trovarsi perfettamente livellati in ripiano; ma non per questo non deve riconoscersi che una tale profonda alterazione degli strati sotterranei venga a portare come conseguenza un cambiamento nei rapporti di vicinanza da fondo a fondo. Sono questi però rapporti di servitù di un fondo sull'altro? No, e per più d'una ragione. Anzitutto, perchè, se qui non entra, direttamente almeno ed immediatamente, l'opera

Digitized by Google

dell'uomo, non vi è di positivo fuorchè l'opera della natura, che da una causa magari ben lontana di tempo e di spazio ha saputo trarre conseguenze molto vicine alla struttura e all'utilizzazione del fondo a seconda dello scopo per il quale è destinato. È, soltanto, dovere dei proprietari confinanti di non contrastare con manufatti od opere d'arte o di coltivazione l'opera della natura, in modo da rendere più gravosa la posizione rispettiva; nel qual caso si tratterebbe, sempre, più d'una vera e propria turbativa del possesso, anzichè di una servitù. Denunciata l'opera nuova o riconosciuto fondato il timore del danno, ne consegue la ripristinazione dello stato antico; ma questo non implica che si debba entrare in merito a qualsivoglia figura di servitù, nè che si debba affermare da una parte e negare dall'altra il diritto di sfruttare in un dato modo la rete venosa delle acque sotterranee. Nè in questa posizione di fatto vi è cambiamento convenzionale al regolamento e alla sistemazione delle acque così come natura ne volle disporre; che se una tale sistemazione varia, ciò è la conseguenza mera e semplice delle vicende naturali e delle leggi naturali, ma deriva sempre unicamente dalla natura del suolo e dalla posizione dei luoghi. Ne consegue un regolamento legale della proprietà, in ordine al regime delle acque; e, se questo regolamento porta di necessità che un fondo debba sfruttare le utilità naturali del fondo vicino, potrà anche ritenersi che versiamo in tema di servitù legale. Ma sul valore tecnico-giuridico del concetto di servitù legale c'intratterremo a suo tempo. Per ora altro non si deve constatare, se non l'importanza di queste circostanze o fenomeni tellurici che si svolgono nello spazio di due o più terreni confinanti o vicini e che possono costituire il punto di partenza perchè i proprietari dei fondi stessi stabiliscano tra di essi un regolamento tutto convenzionale e diverso da quello che natura volle e produsse; dando così vita per convenzione a veri rapporti di servitù.

20. Grande luce deve pur gettare sulla natura e conformazione di taluni altri speciali rapporti di servitù l'esame delle condizioni fisiche degli spazi aerei e del veicolo che li unisce, nonchè dei fenomeni svariatissimi di luce, di eva-

Digitized by Google

porazione, di dilatazione, che attraverso a quegli spazi si svolgono. Questo quadro deve completare l'altro già svolto e attinente alla filtrazione dei liquidi sulla crosta terrestre, a maggiore o minore profondità del suolo; e se anche dai fenomeni di elettricità a distanza si potrà trarre alcun partito per completare la trattazione dei fattori di spazio, non sarà fatta, crediamo, opera inutile per lo studio della struttura delle servitù, come preparatorio alla parte generale e alla completa intelligenza delle varie posizioni di fatto, dalle quali scaturiscono poi le norme giuridiche al cui svolgimento ci prepariamo non come a sterili disquisizioni di una vana ed astrusa logomachia, ma come a vere regole di condotta pratica e di pratica risoluzione.

L'atmosfera terrestre, sulla quale cade il nostro esame, si estende per uno spazio misurato con ogni desiderabile precisione. Questo grande, per quanto limitato, spazio aereo può costituire anche l'ambiente adatto all'esplicazione di rapporti di servitù; ma, per comprenderne la struttura e le qualità fisiche, conviene prima di tutto considerarlo nella sua condizione reale e originaria di uno spazio occupato da semplice materia cosmica allo stato elementare, e (come una volta dicevasi) imponderabile. Insomma è d'uopo considerarlo ripieno di sostanza aeriforme per quanto basta a sfuggire il vieto e falso concetto del vuoto, nella sua spaventevole assolutezza, e a rendere possibile l'organizzazione o la trasformazione della materia cosmica o siderea in quel tutto unico e completo di vita astronomica, ch'è rappresentato dalle leggi della terra come parte del sistema solare e di tutto quanto il firmamento. Ammessa pertanto un'atmosfera eterea in cui si forma l'atmosfera speciale che c'involge, in quell'atmosfera noi dobbiamo esaminare lo svolgersi di taluni fenomeni che ivi trovano il loro veicolo per attraversare i vari punti dello spazio. Tutti i principî e le forze della natura che agiscono a distanza, o, per dir meglio, partendo da una maggiore o minore distanza rispetto al punto dove debbono esercitare la loro diretta influenza per contatto, debbono avere un veicolo: questo veicolo o vuol essere il suolo o vuol essere l'aria, od anche (se si pensa alle sostanze minerali che si depositano per stillicidio o per fenomeni di

Digitized by Google

capillarità) l'acqua. Ma, siccome l'acqua, nel suo lavorìo sotterraneo o alla superficie del suolo, deve muoversi dentro un conveniente bacino, così è più logico e più conducente all'unificazione delle vedute giuridiche il considerare le variazioni dovute all'azione delle acque o dei minerali sospesi nelle acque come producentesi attraverso il veicolo terrestre. Così, per le colonne gassose che attraversano gli spazi aerei come i torrenti d'acqua attraversano gli spazi terrestri, può darsi che esse, a lor volta, servano di veicolo a sostanze fluide di minor volume in quelle comprese e svolgentisi o per virtù di combinazione chimica o per semplice energia fisica. In tal caso si ha una massa gassosa minore compresa e quasi impregnata in una maggior massa gassosa che la trascina sino al luogo dove deve esplicare il suo effetto in un modo qualsiasi; ma anche qui per noi il veicolo è uno solo, cioè l'aria atmosferica, o anzi, per parlare con maggiore esattezza, l'atmosfera eterea in cui si sviluppano, dilatandosi o condensandosi a seconda della temperatura degli spazi percorsi, le varie masse gassose che per una ragione qualsiasi vi si librano e vi determinano delle correnti in vario senso e in varia direzione. Ed ecco che abbiamo ridotto, dal punto di vista della posizione di fatto, la ricerca del veicolo aereo nei suoi termini più ristretti. Masse gassose di specie diversa attraversano l'aria eterea, l'atmosfera eterea, come prodotto primo e rudimentale di una forma che ha generato l'individuazione della materia cosmica che dapprima riempiva gli spazi indefiniti del firmamento. Queste masse gassose, passando da una parte all'altra dello spazio aereo, producono effetti svariatissimi che possono anche modificare i rapporti di vicinanza da proprietà a proprietà. Una massa o colonna di fumo, a mo' d'esempio, attraversando gli spazi aerei, può recarsi da una proprietà vicina ad altra proprietà vicina ed in quest'ultima può lasciare delle traccie più o meno permanenti, può produrre dei danni; può importare modificazioni inaspettate, arbitrarie, nocive, fastidiose. E come si parla di una massa o colonna di fumo, può anche parlarsi di una massa o colonna gassosa, variamente composta e dotata di varie proprietà fisiche e chimiche a seconda dei casi; il fenomeno per questo non cambia aspetto,

Digitized by Google

sebbene cambi di determinazione effettiva concreta. L'atteggiamento è identico in tutti i casi, identica è la ragione del decidere, identico è l'ambiente in mezzo al quale si svolgono queste manifestazioni.

Vi sono dei fenomeni importantissimi che si svolgono in questo veicolo aereo e che si debbono non solo alla suscettività dell'ambiente in sè, ma anche a cause esterne all'ambiente stesso, ma che si ripercuotono anch'esse su quell'ambiente; e taluni dei quali anzi all'infuori di esso non troverebbero occasione e mezzo per manifestarsi. Intendiamo parlare dei fenomeni di luce, di evaporazione, di dilatazione. di elettricità a distanza. Questi fenomeni prettamente fisici dànno all'ambiente aereo talune attitudini, che altrimenti non avrebbe, a produrre delle alterazioni o modificazioni nelle proprietà finitime, dovute all'influenza reciproca dell'una sull'altra proprietà, dell'uno sull'altro proprietario: e però meritano grande attenzione e studio accuratissimo. Il fenomeno della luce, in materia di servitù, è interessante soprattutto per le sue determinazioni negative, vale a dire perchè, allorquando uno dei proprietari di fondi confinanti, impedendo al proprietario di altro fondo confinante di usufruire liberamente della luce o del prospetto, ne diminuisce il libero e pieno esercizio della proprietà, con questo solo, o ne turba il possesso, oppure intende di esercitare in di lui confronto un diritto di servitù. La luce solare è beneficio di tutti ed è pure beneficio di tutti quell'atmosfera, che, come ambiente di essa luce, serve a comunicarne i raggi in distanza; talchè la vista di chi si trova in un fondo possa spaziare tutt'intorno sull'orizzonte che circonda il fondo stesso e gli serve come di cornice. Ma siccome il diritto appartiene a tutti i proprietari finitimi, è d'uopo avvisare subito al regolamento nell'esercizio di più diritti simili contemporanei, diguisachè il diritto di ciascuno (nel suo esercizio) non venga menomamente a cozzare col diritto degli altri. Allorchè poi le violazioni delle proprietà finitime, quanto al diritto di luce e prospetto, si presentano come sistematiche e si traducono in uno sfruttamento dell'utilità dell'altrui fondo, si può seriamente pensare ad esaminare se si tratti o meno d'una servitù.

Digitized by Google

Certamente il diritto alla luce, al prospetto, all'orizzonte, come diritto che accompagna il diritto massimo alla proprietà di un fondo, sia pure situato fuor della città, non può spingersi fino all'esagerazione. Se ogni proprietario dovesse o potesse avere l'orizzonte libero tutt'all'intorno della sua proprietà, si verrebbe a questo, che una casa posta alla distanza di vari chilometri, quando pur cuoprisse una parte dell'orizzonte al punto dove il cielo sembra toccar la terra, sarebbe un attentato al diritto di proprietà altrui; e la stessa coltivazione d'un proprietario finitimo, gli stessi cangiamenti che questi recasse alla giacitura del suolo con sopraelevazioni anche soltanto di terra e a qualsiasi distanza (purchè entro il circuito dell'orizzonte) dovrebbero ritenersi come lesivi del diritto di proprietà. Una tale esagerazione sarebbe dannosa e all'interesse pubblico e allo stesso reciproco interesse privato; per la qual cosa sorse anche qui il regolamento delle distanze, ponendosi un limite oltre il quale si dovesse intendere prodotta la lesione al diritto di godimento della latitudine dell'orizzonte, della luce e del prospetto. Questo regolamento delle distanze, come limitazione legale del diritto di proprietà, a stretto rigore non fa parte del trattato delle servitù, se non quando intervengono delle convenzioni private per modificare il regolamento dei rapporti di vicinanza, così come è dalla legge determinato. Certamente, se le onde luminose sono impedite di venire fino a noi perchè ben davvicino al nostro fondo sorgano degli ostacoli meccanici che ne intercettano il percorso, il nostro possesso, per lo meno, è turbato e domanda di essere reintegrato in tutti i diritti che ad esso si riconnettono. Così, se taluno da un fondo vicino si diverte a fare delle proiezioni luminose sul nostro fondo, rivolgendo contro di noi fasci di luce che altrimenti sarebbero dirette per altra via, questa deviazione dei raggi luminosi può essere atto di turbativa del possesso. Se taluno ci toglie la vista del mare, anche per questo fatto viene a turbare il nostro possesso; ma, quando l'opera da lui per tal fine compiuta o anche compiuta per altro fine ma a questo fine pur secondariamente rivolta, non viola le disposizioni che regolano i rapporti di vicinanza, è pur giuocoforza ammetterne senz'altro la legittimità e la liceità. L'atto

Digitized by Google

semplicemente emulativo, fatto a scopo di toglier la luce al vicino, potrebbe anche esser divietato per ciò solo che risulti evidente l'emulazione ch'è in esso e la vanità del suo fine; ma la controversia sulla validità o meno degli atti emulativi è tale, da non potersi esaurire qui in poche parole, poichè involge la discussione di una teoria giuridica intiera, la quale dal diritto romano giunge fino a noi. Se la nostra luce fosse molestamente aumentata dai riflettori del vicino, anche quando la messa in opera di tali riflettori non costituisse un vero atto emulativo a nostro riguardo, noi potremmo sempre muovere lagnanza, se non altro, per la turbativa del nostro possesso, ma non sembra a causa di servitù arbitraria.

Al fenomeno della luce si può assimilare quello del calore, anche per quanto questo fenomeno nel fatto, visibilmente almeno, si scompagni dal primo. Se il vicino, impiantando una fonderia di metallo accanto al mio fondo, mi reca molestia aumentando il calore dell'atmosfera; oppure se un fornaio nel piano terreno della casa di cui io ho la proprietà sul primo piano mi riscalda soverchiamente una parte del pavimento, così da rendermi nella stagione estiva assai fastidioso il soggiorno in quel punto; in tutti questi casi senza dubbio lesione vi è e può ricercarsi se sia della natura delle servitù e se e fino a qual punto possa costituire una turbativa al possesso. Ma il fenomeno di evaporazione, vale a dire di vapori che salgono e si diffondono dal fondo vicino sul mio fondo, è ancora più materiale e visibile. Una colonna di fumo, la quale dal fondo del vicino penetri nel mio fondo, certamente altera a mio riguardo la composizione o la struttura fisica dello strato atmosferico che si forma sopra di me o attorno a me; l'aria naturale apparisce impregnata di vapore acqueo, o perchè un tubo di condotta o una bocca di apertura immetta direttamente sul mio fondo stesso, o perchè una corrente di vento (costante o incostante, in una determinata ora del giorno) trascini più lontano una colonna, la quale davvicino alla sua conduttura o alla portata immediata della sua apertura non potrebbe altrimenti cagionarmi fastidio alcuno. In caso di trasporto per correnti aeree, ma non d'immissione diretta della bocca da fumo, senza il concorso dell'azione della natura, evidentemente, il mio fastidio

Digitized by Google

non seguirebbe; poichè sono appunto le correnti aeree quelle che determinano l'inconveniente. Ma, siccome l'esistenza e l'orario di tali correnti normali e periodiche è, almeno con una certa approssimazione, calcolabile innanzi che l'effetto segua; così può ritenersi che chi immette in queste correnti una colonna di fumo, anche se a considerevole distanza dal fondo del vicino, faccia volontariamente e le più volte scientemente ancora un atto nocivo verso il suo vicino, atto che può anche, per la sua ripetizione, presentare il contenuto di una vera servitù; del che peraltro si terrà proposito a suo luogo. Però questo fenomeno del fumo si può assai meglio classificare tra i fenomeni di dilatazione, anzichè tra quelli veri e propri di evaporazione (1). I fenomeni di emanazione sono appariscenti allora, quando da una massa stercoracea, a mo' d'esempio, situata al confine tra due fondi, sorgono delle emanazioni non solo gassose e quindi soggette ai fenomeni tutti di dilatazione e agli altri fenomeni dipendenti dalla prevalenza in forza fisica del veicolo aereo che trascina quei gas, ma anche solide e formate da particelle in sospensione che producono una sensazione più intensa di odore sgradevole. Ora, quando questa evaporazione è permanente, perchè il deposito di materie stercoracee è fisso, noi abbiamo la servitù di sterquilinio; per la quale il proprietario del fondo confinante è obbligato a soffrire continuamente quel cattivo odore che si spande dal fondo vicino e che giunge sino a lui. Ora, se questa massa stercoracea è in fermentazione, il fenomeno sarà doppio; si avrà una produzione gassosa, la quale non potrà (per la natura di continua diffondibilità del gas) rimanere in colonna verticale senza dilatarsi lateralmente nel fondo confinante; e si avrà pure quel fenomeno che produce l'offesa dell'olfatto per il disgregamento di particelle solide che volatilizzano nell'aria. I due fenomeni, siccome partono dallo stesso fomite e producono lo stesso effetto di cattivo odore, si confondono a vicenda; ma, siccome la

(1) La ragione di ciò è che la evaporazione, senza la dilatazione, ci rappresenta il sollevamento di una colonna di vapore dal basso all'alto, a perpendicolo: mentre la dilatazione ci spiega il fatto della possibilità che una colonna di vapori devii dalla sua perpendicolare e allargandosi in senso obliquo, anche col sussidio del vento, penetri nel fondo del vicino.

Digitized by Google

massa gassosa che si produce per queste fermentazioni è di così piccola densità, da non apparir visibile attraverso gli strati aerei, così, per concedere alquanto alla percettibilità del fenomeno esteriore quale si presenta all'osservazione superficiale dei nostri sensi, ci sembra più opportuno di considerare il fenomeno stesso come fenomeno di emanazione, anzichè come fenomeno di evaporazione, distinguendolo dalla produzione della colonna di fumo, la cui dilatazione sempre crescente dal punto di distacco fino alla piena evanescenza è visibile chiaramente alla nostra vista.

Il grande sviluppo dell'applicazione della elettricità ci fa supporre che possa in qualche caso il nostro vicino, per suo comodo, attirare sul nostro fondo, per deviazione o per produzione diretta, le correnti elettriche che trovano il loro veicolo nell'aria e la cui influenza si esplica o si può esplicare a grandi distanze. Per ora non sapremmo divisare applicazioni pratiche di questo concetto teoricamente concepibile e punto strano; ma ci sembra probabile che l'avvenire ci riservi a questo riguardo delle vere sorprese e delle applicazioni, quali oggi sembrano appena emanciparsi dal mondo delle chimere. Ebbene, se ciò avverrà, non dovrà applicarsi una serie di soluzioni nuove, ma basterà tener fermi i principî generali e darvi fedele e rigorosa applicazione.

21. La servitù può determinarsi quantitativamente, e anzi spesso in pratica si ravvisa il bisogno di procedere ad una tale determinazione allo scopo di calcolarne il valore sia per la perdita del fondo serviente come per l'acquisto del fondo dominante: acquisto e perdita che, sul terreno del fenomeno economico-giuridico della servitù, debbono equilibrarsi perfettamente. Un primo criterio per la determinazione quantitativa della servitù può consistere nella durata del suo esercizio. Se, p. es., la cloaca scorre dal fondo mio sul fondo altrui soltanto per talune ore o frazioni di ora e fuori di questo tempo non funziona, si dovrà dire che la sua quantità sia minore di quella di un'altra cloaca che, a parità di altre circostanze di fatto, scorra per un numero di ore maggiore. Lo stesso dicasi di un getto d'acqua, che può essere utilizzato per un tempo più o meno lungo, anche sog-

Digitized by Google

getto a ripetizione periodica, e che suolsi misurare a modulo orario, vale a dire a quantità gettata per ogni ora di durata di getto. Ma la quantità d'una servitù, nel suo esercizio, può anche decrescere da un'ora all'altra, dal principio alla fine; oppure può anche aumentare: in altri termini la sua intensità può non essere costante per tutta la sua durata. In questo caso il calcolo quantitativo della servitù offre difficoltà maggiori; e la stessa ingerenza delle persone tecniche riescirà difficile e intralciata nei metodi di accertamento, per quante risorse possano offrire al riguardo le leggi della meccanica e le formule in cui queste leggi si traducono. Può anche accadere che l'incremento o il decremento della quantità della servitù, col progredire della sua durata, non risponda a criteri di uniformità, ma bensì a criteri variabili o a periodi intermittenti. Quanto poi alle masse gassose od aeriformi, specialmente allorchè non sono visibili ai nostri occhi, è più che mai difficile di calcolarne la quantità in rapporto alla durata: ed anche quando si tratta di colonne o di masse visibili, la loro dilatazione continua impedisce che si possano esaminare in un momento qualsiasi della loro produzione e del loro sviluppo. E la stessa forza espansiva dei gas variando a seconda della densità e della composizione del mezzo esterno o veicolo attraverso il quale essi passano e delle altre masse gassose o solide che si possono trovare in istato di sospensione o di dilatazione nell'aria, evidentemente anche le formule scientifiche più minute dovrebbero essere sottoposte a svariatissime correzioni a seconda dei luoghi e degli spazi aerei attraversati. L'aria atmosferica è come un crogiuolo di combinazioni o di miscele, sotto l'influenza del calore solare; e gli spostamenti dei suoi caratteri fisici e delle sue chimiche affinità avvengono insensibilmente, quasi da un istante all'altro, in un conato continuo verso l'equilibrio e senza che questo possa conseguirsi stabilmente, neppure per un tempo che oltrepassi l'istante fisicamente sufficiente ad evitare un procedimento di disgregazione. L'equilibrio stabile non è che una finzione, un dato convenzionale il quale non risponde alla natura effettiva delle cose, nè può esser la base di un calcolo di precisione, che ripercuota il suo effetto anche nelle discipline giuridiche o soltanto si limiti alle astra-

Digitized by Google

zioni di una formola matematica, buona senza correzioni o rettifiche.

Ma, per le applicazioni giuridiche, non è necessario che il calcolo della quantità d'una massa solida, fluida o gassosa sia spinto alla precisione estrema: basta che si contenga nei limiti d'un calcolo approssimativamente esatto, per quanto occorre alla determinazione del rapporto giuridico di servitù e alla sua valutazione economica: il che sarà più opportunamente chiarito a proposito delle servitù d'immissione di fumo da fondo a fondo. Il calcolo della quantità d'una servitù, in rapporto con la durata di essa, obbedisce astrattamente alle leggi fisiche che conosciamo e ai calcoli matematici applicati a quelle leggi. La produzione del corpo da cui proviene la servitù, pur nella sua incostanza, può obbedire e obbedisce talora a qualche legge di accelerazione o di rallentamento uniforme, a leggi di espansione o dilatazione o rarefazione, complicate con leggi tecniche ed elettriche di specie diversa. Però anche qui una parte del corpo che si produce e da cui proviene la servitù (specialmente se si tratta di sostanze gassose) va o prosegue per la sua direzione iniziale o principale sul fondo serviente e una parte si disperde per altre direzioni: talchè questa dispersione deve figurare in diminuzione della quantità della servitù, anche se la durata è pari. Inoltre è anche da notare che l'aumento della durata mentre aritmeticamente serve di compenso alla diminuzione di quantità, e l'aumento di quantità alla diminuzione della durata, la servitù non rimane effettivamente la stessa grazie a questo compenso aritmetico, nella variabilità del suo fattore di durata; poichè spesso, avuta ragione della destinazione dei due fondi, il dominante e il serviente, l'aumento o la diminuzione della durata, a parte ogni altra circostanza e a parte in ispecie la circostanza dell'intensità, contribuiscono ad aumentare o diminuire effettivamente da una parte l'onere e dall'altra l'utile della servitù. Anche per questo lato dunque a tutta prima si scorge quanto per la valutazione dell'entità di una servitù sia importante la destinazione dei fondi, vale a dire il fatto dell'uomo. A suo tempo poi vedremo se e quanto il fatto dell'uomo sia e rimanga compatibile colla causa e coll'indole, insomma colla

Digitized by Google

struttura in genere, delle servitù in talune epoche dell'anno, e specialmente in quelle dei raccolti e dei frutti pendenti, in cui le servitù specialmente di passaggio tra fondi rustici sono molto incomode e pericolose dal punto di vista dei furti campestri: talchè in questo caso, per facilitare la sorveglianza contro i ladri, è assai più comodo per il fondo serviente che la servitù sia limitata a talune ore del giorno, anche con aumento in ciascuna ora del numero delle volte per le quali il passo è dato, anzichè con diminuzione di passaggi per ogni unità di tempo siane esteso l'esercizio anche alla notte. Quanto alle irrigazioni, l'utilità del fondo dominante (se trattasi di servitù) sovente è maggiore quando, dato lo stesso volume e quantità di acque, queste vi penetrano più lentamente anzichè quando vi penetrano o con una subitanea ed unica invasione o con un'invasione più rapida, ad ogni modo, ma più intensa: poichè, mentre l'irrigazione lenta ravviva le sostanze vivificatrici dei germi e delle radici dei vegetali, un'irrigazione rapida che rassomigli ad una inondazione li disperde e li corrompe. Altro esempio. Una servitù di sterquilinio o di cloaca limitata alla stagione invernale dell'anno ha una quantità minore d'intensità della servitù stessa esercitata nel periodo estivo per un periodo minore di tempo: perocchè le esalazioni fetide si avvertano più col caldo che col freddo, causa l'aumento dell'evaporazione prodotto dall'aumento della temperatura. Quelle servitù invece che hanno per effetto d'impedire la luce e il prospetto hanno la stessa intensità e presentano la stessa gravità in ogni stagione: perocchè la luce e il prospetto siano condizioni dei luoghi le quali non cambiano per cambiar di stagione e la cui importanza è sempre la stessa in ogni parte dell'anno. Si potrebbe dire che d'inverno vi è più bisogno di luce che d'estate: stante la più frequente oscurazione del sole e la minor forza e possanza dei suoi raggi. Ma questa considerazione è a due faccie: poichè si sa invece che d'estate si sente bene spesso un tal bisogno di refrigerio e d'ombra, da chiudere accuratamente le aperture per evitare l'incidenza o il riverbero dei raggi solari; quindi la diminuzione di luce e di prospetto che costituisce un danno nell'inverno, se non un vantaggio, certo un danno minore costituisce nell'estate.

Digitized by Google

Vi possono essere inoltre delle servitù dirette allo sfruttamento d'una qualità o di una utilità esauribile del fondo: come la servitù, già conosciuta dai Romani, di estrar creta da un fondo o da parte di esso. Evidentemente, gli strati di creta in una data zona di un fondo sono per necessità esauribili; soltanto l'esaurimento non può esserne determinato se non con molta approssimazione. Parlando di questa servitù, noi verremo ad esaminare se e fino a qual punto un esaurimento certo e bisogni transitori possano dal fondo serviente al dominante conciliarsi siffattamente oltrechè tra loro (la qual cosa è evidente) anche e soprattutto coll'indole di continuità indeterminata che si attribuisce alla servitù. E pur dato che un fondo, per ragioni speciali della sua destinazione, abbia bisogno della creta, di argilla, calcare o altro strato minerale del fondo vicino, talchè si tratti proprio di utilità del predio e non del solo proprietario del predio dominante: resta a vedere sempre se non sia cosa più normale ed economica qui sistemare il rapporto giuridico in forma di obbligazione personale anzichè in forma di vincolo reale. Ammettiamo peraltro che di vera servitù si tratti e si debba trattare. Ora questa servitù può corrispondere ad una siffatta utilizzazione del fondo serviente, che il proprietario del fondo dominante ne attinga una quantità sempre minore di materia, anche perchè il bisogno del suo fondo diminuisca: la qual cosa allontana il pericolo d'un rapido esaurimento della materia fornita dal fondo serviente. A questo modo la servitù dubbia dello sfruttamento di un dato strato del suolo si avvicina, per durata e immanenza di sfruttamento, ad una servitù certa che abbia per oggetto l'estrazione per tempo indeterminato di terra appartenente a strati che in un determinato luogo si possono considerare come inesauribili od anche appartenente a qualsivoglia strato (1). La quantità della servitù in tale ipotesi diminuirà colla durata e la durata aumenterà quanto più sensibile è il progredire di sif-

(1) L'ipotesi è più teorica che pratica; ma appunto la dirittura dei concetti giuridici si acquista facendo tutte le ipotesi, anche le più fantastiche, e fermandosi poi (per eliminazione) alla ipotesi giusta in teoria e in pratica.

Digitized by Google

fatta diminuzione: talchè l'esaurimento finale della utilizzazione del fondo serviente coinciderà perfettamente colla conclusione del tempo designato o calcolato per la durata della servitù. E se noi vogliamo chiamar servitù questa da fondo a fondo, e non rapporto patrimoniale semplice benchè destinato ad avere esplicazione reale, certamente diamo un ben grave crollo al concetto della perpetua causa, anche blandamente tradotto in quello d'una durata senza determinazione: perciocchè quì fin dal principio non di rado si conosce (almeno nel caso della creta o di altri strati di certo e calcolato esaurimento) con approssimazione quanto press'a poco potrà durare la materia da utilizzare.

22. In diversi modi le stagioni possono influire sull'esercizio della servitù. In primo luogo la materia, della cui utilizzazione si tratta, può non in tutte le stagioni aversi pronta; il torrente formato dalle pioggie autunnali, d'inverno può durare in qualche parte o in qualche proporzione per l'alimento delle nevi, ma in estate si dissecca. E se la servitù è di torrente o per il torrente, evidentemente d'estate essa avrà tregua, poichè non potrebbe nè durare nè esercitarsi senza contenuto; e così la servitù di pascolo al monte non potrà esercitarsi che d'estate e quella al piano d'inverno, le stagioni intermedie regolandosi a norma dei casi. In secondo luogo il fondo dominante può non aver bisogno di usufruire della servitù se non in determinate epoche dell'anno, come a mo' d'esempio per l'irrigazione dei prati artificiali e per il governo degli orti; poichè nelle stagioni in cui la pioggia suol cadere abbondantemente dal cielo, l' irrigazione artificiale è per lo meno inutile. In terzo luogo lo stesso fondo serviente può in talune stagioni o epoche dell'anno non essere adatto a prestare quel servizio che in altre stagioni o epoche può rendere; a mo' d'esempio, quando i campi sono già ricoperti di biade o di frumento, dalla semenza alla mietitura, il transito attraverso ad essi non può essere ammesso se non vi è un sentiero di mezzo libero dalla coltivazione; mentre, quando nel campo non sono che le stoppie ossia i residui della falciatura, non è nè strano nè impossibile che sia permesso di passarvi attraverso. E poichè le operazioni rurali

Digitized by Google

sono legate alle stagioni dell'anno e anticipano o ritardano secondochè le stagioni prima o dopo divengano decise nel senso indicato dal calendario astronomico, evidentemente questo stato di cose influirà anche sull'esercizio delle servitù, di rimbalzo. Anche l'esercizio di una servitù in una stagione dell'anno può presentarsi diverso da quello che occorre in altra stagione; la diversità consiste nell'intensità, nelle modalità, nelle precauzioni, nelle forme. Nelle cattive stagioni, quanto ai fondi rustici, la diversità nell'esercizio delle servitù dipende principalmente dalla difficoltà dei transiti da fondo a fondo, per le stesse vie vicinali quasi sempre confortate di una manutenzione bene imperfetta; ed allora la stessa comodità del fondo che ha bisogno di sfruttare certe determinate utilità del suolo persuaderà il proprietario a valersene in modo per lui più agevole, poichè così l'allungamento del cammino sia per lui compensato da una maggiore facilità e da un minor fastidio nel passarvi e nel compiervi gli atti tutti che all'esercizio della servitù attengono.

Ma non solo la qualità delle stagioni, bensì il loro maggiore o minor vigore potrà influire non indifferentemente sull'esercizio effettivo delle servitù; talchè vi è proprio in questo esercizio una serie di circostanze, grandi e piccole, le quali influiscono sotto uno od altro punto di vista nell'esercizio stesso, ma che non possono neppure con esattezza approssimativa essere calcolate in anticipazione e molto meno in via generale. Avvertasi poi che le stagioni influiscono anche sulle ore del giorno e della notte; la qual distinzione tra giorno e notte, se può influire nell'esercizio delle servitù, si può calcolare con tutta esattezza sulla scorta dei dati astronomici in ordine alla levata e al tramonto del sole. Ma di ciò in seguito. Notisi ancora che, se l'esercizio di una servitù ha d'uopo di costruzione o di risarcimento di manufatti allo scoperto, non sempre queste operazioni si rendono possibili nella stagione cattiva e spesso è d'uopo abbandonarne il pensiero, anche colla migliore buona volontà di questo mondo; tutto al contrario di quanto accade nella stagione estiva, in cui è permesso di adoperarsi all'aria aperta come si vuole, o con opere fabrili o con opere murarie o con ismuovimenti di terra. Questa difficoltà o facilità

Digitized by Google

maggiore nell'esercizio di una data servitù a seconda delle stagioni non influisce per vero nell'essenza e nella nozione della servitù stessa; e neppure, se altre circostanze non concorrono, può avere attinenza colla causa perpetua o colla durata senza determinazione di limite, perchè l'impossibilità o la difficoltà dell'esercizio della servitù per una stagione o parte di una stagione non altera la possibilità e la facilità dell'esercizio stesso come regola normale, e molto meno diminuisce o guasta l'obbiettività e la realtà del servigio che l'un fondo presta od è in via di prestare all'altro. Siccome peraltro la natura è provvida di succedanei, il fondo dominante, quando l'esercizio diretto della proprietà sul fondo serviente viene a mancargli, molte volte può provvedere ai suoi bisogni quasi con egual resultato o profitto, se pure la stagione stessa colle sue condizioni meteoriche non è sufficiente alle esigenze del fondo dominante stesso. Tutto questo suppone sempre, beninteso, che il proprietario del fondo serviente non ne trascuri la manutenzione per danneggiare il servizio che deve rendere al dominante nè in qualsivoglia modo ostacoli o frapponga difficoltà all'esercizio della servitù stessa; poichè allora non alla stagione, ma al fatto dell'uomo, positivo o negativo, sia pure in rapporto colla stagione, e dalla stagione facilitato, dovrebbe ascriversi ogni difficoltà, oppure la difficoltà determinante e decisiva per il non esercizio della servitù. Se nella costituzione della servitù si pattuì infatti che il proprietario del fondo serviente elimini, nei limiti del possibile, tutte le difficoltà derivanti dalla stagione o talune di esse, egli non può impunemente mantenersi inerte ed ostacolare così il pieno e libero esercizio della servitù stessa, per quanto rimane compatibile colla stagione e colla conseguente condizione dei luoghi. Quì la posizione giuridica si complica per la valutazione del preteso principio generale che *servitus in faciendo consistere nequit;* principio generale di cui per il momento non siamo costretti a tener conto, potendo partire dal presupposto che un'opera qualsiasi diretta a facilitare malgrado l'inclemenza della stagione l'esercizio della servitù al proprietario del fondo dominante sia richiesta per convenzione e non sia all'infuori di questa resa obbligatoria dalla legge.

Digitized by Google

23. Nell'uso delle servitù può anche ricorrere di tenere distinto il giorno dalla notte. La ragione non è esclusivamente nè sopratutto giuridica; poichè non è la luce o lo scuro, non sono i raggi solari o quelli della pallida luna che valgono a determinare il rapporto giuridico, quantitativamente. Solo una servitù esercitata di notte può essere più gravosa per il proprietario del fondo dominante o per i suoi operai e sorveglianti che sono costretti nelle ore destinate al riposo a lavorare per lo sfruttamento della servitù stessa; per il proprietario del fondo serviente che deve raddoppiare di oculatezza e di controllo perchè la servitù (come facilmente nelle tenebre potrebbe accadere) non oltrepassi i limiti del patto o della legge. Vi sono talune servitù peraltro che non sono compatibili se non nel giorno o in certe ore della notte, per essere conciliate colla sicurezza privata e coi regolamenti pubblici (specialmente municipali). Una servitù di passaggio attraverso un cortile che costituisce una pertinenza dell'abitazione altrui, di regola, non potrà esercitarsi se non nelle ore del giorno; perocchè nottetempo costituirebbe un pericolo di difficile eliminazione per la sicurezza della proprietà e per la tranquillità personale del proprietario del fondo serviente e della sua famiglia. Col pretesto del passaggio gli aventi diritto facilmente potrebbero rendersi lecita una violazione od un attentato che oltrepassi visibilmente i limiti della loro servitù; e il proprietario del fondo serviente non avrebbe pace. A proposito di qualche cosa di simile a suo tempo ci occuperemo più profondamente in relazione al quesito se sia lecito incomodare il portinaio d'una casa e d'un cortile altrui per esercitare un diritto di passaggio senza una concreta limitazione, espressamente apposta; e vedremo che vi sono opinioni le quali si esprimono in senso assai rigoroso, anzi rigido, per il fondo serviente. Ma, intanto, a prescindere da ogni osservazione tecnica concreta per una data specie di servitù prediale, ci sembra che generalmente non si tratti se non d'interpretare la volontà della legge o la volontà de' costituenti il rapporto di servitù: e d'interpretarla secondo le regole comuni, giusta le quali, quando finisce l'ossequio alla volontà espressa o presunta da circostanze concomitanti, implicita o esplicita, diretta o indiretta,

Digitized by Google

comincia l'impero dell'equità e lo studio di rendere meno onerosi i pesi che limitano la normale pienezza del diritto di proprietà nel suo esercizio. Anche l'esercizio delle servitù come l'esercizio di tutti gli altri diritti va inteso civilmente, e cioè non solo allo scopo di evitare gli atti meramente emulativi, ma anche allo scopo di contemperare in forma economica l'esercizio di più diritti ad un tempo, per una qualsiasi ragione in rapporto tra di loro; talchè, avuto presente il rapporto che serve di limitazione all'altro, quello limitante non divenga assorbente o invasore del limitato.

Nelle cose umane purtroppo v'è questa tendenza: che basta avere un piccolo addentellato nella sfera di altrui spettanza per sentirsi autorizzato ad allargarlo e convertirlo da invasione legale in invasione illegale e usurpatrice, sotto l'impulso del proprio egoistico interesse. Se i magistrati consentissero che la logica e scrupolosa osservanza della legge si convertisse in un'invasione di questa specie, essi darebbero un ben cattivo, anzi un pessimo esempio di coscienza civile. Eppure noi sentiamo oggi vivo il bisogno che la nostra magistratura e tutti gli uomini del foro si emancipino una buona volta dall'aforisma della vecchia curia, che spesse volte uccide lo spirito di giustizia e che sempre, almeno per la forma, è indice di stasi scientifica e pratica! Non è vano dottrinarismo quello, che, serbandosi nelle elevate sfere dei problemi sociali, raccoglie pazientemente il detrito giuridico, lo plasma, lo anima e lo rende vitale con profondo impulso di filosofia giuridica. È il segreto della giurisprudenza critica, che prepara il grande lavorìo di storia interna, per cui lo sviluppo e la trasformazione degli istituti giuridici corrisponde e si adatta allo sviluppo e alla trasformazione della vita dei popoli e del sentimento civile. Tutti, e primi i magistrati, sono convinti di quanta importanza sia nelle civiltà moderne il giusto concetto della proprietà colle limitazioni che le sono inevitabili e delle quali qualche sconsigliato e indotto, assai recentemente, volle, ripetendo antiche bestemmie, accusare mancante il diritto romano, classico e non classico. Questi tali, che forse non sanno come persino nelle dodici tavole era fatta agevolezza al derubato di perquisire da sè, coll'assistenza di testimoni, il domicilio del ladro per iscoprire e

Digitized by Google

recuperare la cosa furtiva, non veggono che fino in quei tempi remotissimi osavasi concedere all'iniziativa privata quanto oggi a stento si commetterebbe all'ingerenza della pubblica autorità. Non sanno che il proprietario di una pianta per la stessa legislazione decemvirale era, senza il permesso del proprietario del fondo vicino, ma per sola virtù di legge, autorizzato a penetrarvi per raccattare i frutti caduti da quella pianta su questo fondo. E, forti di queste loro invettive contro una società che non conoscono e non hanno mai conosciuto, forse perchè non la studiarono, accarezzando il concetto insano d'una proprietà come diritto assoluto (il diritto assoluto non esiste), non possono non autorizzare una interpretazione ristrettiva del limite di servitù; obbligandoci a dimostrare che, se noi talora, caso per caso, giungiamo ai medesimi risultati ai quali giungono essi, non è già perchè battiamo la stessa strada, ma contuttochè battiamo una via diversa: quella via che ci è additata dalla legge del minimo mezzo, ch'è legge di equità e di civiltà giuridica e che i Romani nella loro sapienza civile anche a noi moderni possono insegnare.

Ma mentre dalle cattedre e sui libri, coll'aforisma e col sofisma, s'impiccolisce la proprietà e si stritola a un tempo la servitù perdendo fino il discernimento dell'atto emulativo, tanto da dar ragione a coloro, i quali stanchi di simili quisquilie giungono allegramente e trionfalmente alla comproprietà collettiva, ossia alla proprietà sociale; mentre tutto questo accade e dura e trova credito finchè può e dove può con la ricca casistica che vi si aggiunge, nessuno o pochi oggi si sentono ancora le forze di ostacolare il regolamento. E noi stessi, pur contrastando l'opportunità e la servitù di estendere il regolamento ad azioni della vita privata che non si possono regolare dallo Stato, ma vanno lasciate libere in balìa di sè stesse, ammettiamo la necessità di tutelare senza esagerazione e l'igiene e la sicurezza e la tranquillità degli individui, delle famiglie, della città, dello Stato. Dove non ci trascina lo zelo, ci trascina la necessità: *salus publica suprema lex esto.* E così noi diciamo al proprietario di un fondo dominante, o ammettiamo che gli si dica: Se volete esercitare la servitù del vuotamento dei vostri pozzi neri,

Digitized by Google

delle vostre cloache, dei vostri sterquilinii o il rimescolamento delle materie immonde che ivi si contengono, fatelo nottetempo; non v' ha servitù, per esplicito che sia il patto che le dette vita, la quale possa autorizzarvi a compiere tali lavori di giorno, quando cioè le persone sono o possono essere all'aperto e quando per le aperte imposte ai sensi ben desti del vicino può giungere l'infettante effluvio di sostanze in putrefazione. Voi non potete concedere che entro l'abitato della città in un parco od orto, di cui facciano parte delle quercie, vengano portati dei suini altrui a nudrirsi, per la stessa ragione per la quale non potete tenervene dei vostri; l'aria ne resulterebbe corrotta e la salute vostra e dei vostri e degli altri cittadini danneggiata: ebbene la proibizione si presenta eguale e ispirata agli stessi criteri tanto per la proprietà quanto per la servitù, talchè la differenza non è nell'intensità, ma nell'estensione. Qui non si ha che un fenomeno abbastanza chiaro: la prevalenza del diritto pubblico sul privato, del regolamento municipale su qualsivoglia convenzione delle parti. Laonde la conformazione dello speciale diritto di servitù che si nega o la negazione di questa stessa servitù, dal punto di vista del regolamento, sono per gli effetti una cosa sola colla limitazione diretta di disporre del fondo serviente per diritto di proprietà o di disporne anche soltanto a titolo di possesso. Senonchè le disposizioni proibitive del regolamento di ragion pubblica soventi volte esorbitano dalla tutela necessaria pel bene nella tutela malintesa per il meglio: ed è da questa esagerazione che conviene guardarsi con ogni studio per evitare tristi ingerenze e più tristi disillusioni circa l'educazione del cittadino, quando si vuol forzarlo a seguire una via, della cui dirittura non è convinto, e percorrendo la quale egli non si sente di mettere coscientemente l'opera della propria cooperazione. Nel caso di cui ci occupiamo è certamente questione di buon senso e di educazione civile: per la qual cosa ormai non vi ha popolazione così rozza da non comprendere quanto sia l'interesse pubblico nel cooperare ai fini igienici dello Stato e quanto col pubblico debba il privato interesse cospirare. Lo stesso dovrebbe dirsi quando per le stesse ragioni igieniche i regolamenti impongono certe determinate modalità per

Digitized by Google

l'esercizio delle servitù; le modalità debbonsi osservare di buona voglia, se pure (come accade) esse non sono inutilmente esagerate per uno zelo del quale malamente si faccia ostentazione dall'alto.

L'esercizio di una servitù di notte anzichè di giorno può anche essere la conseguenza della scelta facoltativa nelle parti; senza lesione anche qui delle ragioni di ordine pubblico. Poichè, a mo' d'esempio, qualora l'esercizio di una servitù si esplichi sotto forma rumorosa, questa esplicazione evidentemente non potrà permettersi nottetempo; se si permettesse, ne deriverebbe grave nocumento alla quiete della gente che per abitudine in quelle ore si dedica al riposo dalle fatiche durate nel giorno. Ma, quando regolamento non vi è, le parti sono libere di ingegnarsi colle convenzioni che credono; salvo a vedere se dalla loro convenzione sorge una servitù e quale servitù sorga e come si manifesti esteriormente. Sta poi al giureconsulto di raccogliere i dati da cui trae vita un simile comportamento e valutarli cogli speciali criteri giuridici dei quali in simili casi si serve, tenendo fermo il criterio che la servitù è diversa dagli altri diritti reali e che la sua caratteristica è contraria a quella che crea i rapporti personali e genericamente patrimoniali senza accentuazione sopra fondo determinato. Vi sono d'altro canto talune servitù che escludono già *a priori* o una maggiore intensità notturna o una possibilità semplice notturna di un esercizio più proficuo. La servitù d'immissione di trave, a mo' d'esempio, non è diversa nelle ore diurne e nelle notturne: è sempre la stessa trave collo stesso peso quanto ad essa, che incombe sul fondo serviente. La stessa servitù di prospetto è perenne e di giorno e di notte, perchè e di giorno e di notte taluno può sentire il bisogno o la necessità del prospetto: ed è anche perenne la servitù di oscuramento delle luci, siccome dipendente da un'opera sita dinanzi a quelle finestre. Senonchè vi ha unica difficoltà: quando non vi è luce (e la luce di notte non vi è certamente, o almeno non vi è luce solare), non si concepisce troppo agevolmente che si possa recarvi qualche danno. Ma questa obbiezione è anche essa insufficiente: a parte il chiaro di luna, che come serve mirabilmente al ritrovo degli amanti, così può anche essere

Digitized by Google

utilizzato per la confezione di lavori grossolani presso le finestre, almeno nelle prime ore della notte od in una veglia più o meno breve di gente povera e laboriosa, costretta dai bisogni dell'esistenza a rubare qualche ora al sonno. Infatti la stessa luce lunare può essere impedita da un'opera del vicino: e però nei casi in cui per tal ragione si ha servitù di prospetto nel giorno, si ha anche nella notte, ossia quando, alla luce viva, diretta dell'astro ch'è fonte di vita, si sostituisce la sua luce riflessa da un astro spento e per sua individuale e propria forza imbelle.

24. Dove sono atti giuridici, è pur necessaria una misura: e chi dice misura di atti giuridici non può prescindere da una unità che serva di strumento per il calcolo degli atti stessi. Le unità si possono, a riguardo delle servitù, distinguere in unità di tempo, unità di luogo, unità di quantità, sia considerate isolatamente, sia combinate tra loro in un concetto solo che ritragga obbiettivamente l'istituto e ne delinei il contenuto. Vi sono però delle servitù la cui consistenza non può essere misurata ma soltanto espressa a mezzo di circonlocuzioni: tale, per ragion d'esempio, la servitù del prospetto, la quale si traduce nel grave incomodo di una veduta che non sempre è soltanto voluttuaria, ma può anche essere diretta a qualche pratica utilità. Come misurare la servitù di prospetto? Certamente mancano criteri: l'orizzonte non è che la linea di contatto visuale tra il cielo e la terra o gli edifizi che vi sovrastanno ovvero il mare, e non v' ha linguaggio analitico di scienziato che valga a contraddistinguere l'una dall'altra specie di orizzonte fuorchè con gli aggettivi di bellezza o di bruttezza, di latitudine o di ristrettezza, di monotonia o di aspetto pittoresco, alpestre o di pianura, terreno o marino, frastagliato o regolare, variato o uniforme. Si potrebbe, ma non si usa, misurare la estensione dell'orizzonte all'intorno del punto centrale, ma questa misura, dovendosi estendere a tutti od ai principali frastagliamenti del suolo (nè sarebbe ragionevole di prendere le varie misure a distanza fissa ed eguale l'una dall'altra) intorno ai limiti dell'orizzonte, riuscirebbe oltremodo difficile e anzi fisicamente e matematicamente inconciliabile con qualsi-

Digitized by Google

voglia desiderio di precisione. Oltre a ciò, non è il solo orizzonte, ma anche tutto lo spazio che distacca la proprietà nostra dall'orizzonte, quello che fa parte essenziale del prospetto, ossia della veduta o panorama, per quanto esso *late patet*: e questa zona di terreno può essere frastagliata o regolare, aperta o decorata di case e di monumenti, può essere migliore da una plaga o esposizione di venti e meno bella da altra plaga. Quanto all'ostruzione della luce, la misura potrebbe essere semplicissima: la quantità della servitù consiste nella differenza tra la luce che esisteva prima dell'ostruzione e quella che esisteva dopo, calcolata in candele, ossia nell'unità usuale dei nostri giorni. Per fare il calcolo occorre evidentemente utilizzare la stessa ora del giorno e lo stesso giorno dell'anno e della stagione; poichè la luce solare di queste due ore di confronto può in un giorno corrispondente di tutti gli anni essere reputata su per giù della medesima intensità e forza.

Non è la giurisprudenza che possa additare l'uso dei mezzi necessari per misurare l'intensità d'una forza fisica o chimica; occorrono a quest'uopo cognizioni tecniche di non poca importanza. Solo noi potremo discutere di alcuni punti di ragione, che possono ripercuotersi anche nel campo giuridico. A mo' d'esempio, noi possiamo domandarci se, trattandosi d'una servitù il cui esercizio non è eguale per varie unità di tempo successive, comprese nella sua durata totale, si debba la misura della servitù stessa regolare sopra una media di queste varie unità od altrimenti. Può darsi che l'esercizio della servitù per più unità successive di tempo sia previsto e riconosciuto dalla legge in condizioni di una normale decrescenza, oppure viceversa in condizioni d'un normale aumento; oppure in una vicenda di aumenti o diminuzioni che si raggruppino attorno ad uno o più punti culminanti. In ognuno di questi casi sarebbe desiderabile che la misura della servitù ci fornisse i dati precisi dell'aumento, della diminuzione e del punto o dei punti culminanti: e che questo aumento risulti da cifre numeriche poste a sostituzione di quantità astratte in formule algebriche, o che risulti da sole e semplici cifre non combinate tra loro in alcuna funzione a pluralità di fattori concorrenti. Certamente, quando si

Digitized by Google

tratta di determinare l'espressione quantitativa necessaria per la indicazione di una servitù in atto, il diritto è chiamato a dire come e con quali estremi di fatto le sue esigenze possono essere soddisfatte; poichè, quante volte la scienza del calcolo applicata alle discipline fisiche e naturali non fosse capace di fornirci quelle indicazioni che ci occorrono per determinare l'essenza di una data servitù e dell'esercizio di essa, noi non sapremmo che farci d'indagini deviate, per quanto pazienti e minute. Le necessità delle cognizioni giuridiche sta al giurista determinarle e non ad altri: che se egli è incapace di apprestarsi da sè i dati necessari per la qualificazione giusta d'una servitù, e se perciò gli è d'uopo chiamare in proprio ausilio un altro ordine di cognizioni, ciò non significa ch'egli debba rinunziare a qualsivoglia ingerenza direttiva presso queste discipline sussidiarie, nel senso d'indicare ciò di cui abbisogna, e di vagliare i resultati di ciò che a lui si porge per giudicare se corrispondono alla determinazione qualitativa e quantitativa della servitù di cui si tratta.

Sonvi tuttavia delle servitù le quali non hanno possibilità d'una valutazione oggettiva, nè ricevono designazione precisa all'infuori di considerazioni soggettive in chi ne usa e in colui contro cui o nel cui fondo si esercitano. Queste sono le servitù, destinate bensì a vantaggio di un fondo, ma il cui vantaggio consiste nè più nè meno che in una soddisfazione voluttuaria. E siccome un medesimo piacere, ossia un piacere al quale corrispondono i medesimi dati di fatto, è diversamente gustato e per conseguenza diversamente appetito dalle diverse persone le quali possono gustarlo, è oltremodo difficile rendersi un'idea precisa dell'entità ossia del valore di una servitù di questa specie. Qui le condizioni del mercato influiscono sino ad un certo punto; perocchè tutti sanno come il cosiddetto prezzo d'affezione sia una vera incognita, la cui determinazione dipende da mille e mille circostanze che sfuggono al nostro esame: talchè sovente si vede come un oggetto, e parimente un'utilità, per taluno indifferente o quasi, per tal altro invece sia di sommo gradimento e di grandissima considerazione per quanto attiene allo sfruttarla che noi facciamo. In questo caso, prima di abbandonar l'impresa di una

Digitized by Google

determinazione concreta della servitù, è d'uopo mettersi del tutto sotto il punto di vista dell'utente della servitù o dei varî utenti che possono succedersi, anche per l'avvenire, nella proprietà del fondo dominante in ordine alla servitù stessa: dappoichè la diminuzione nell'utilità del fondo serviente, in cose di ragion voluttuaria, ordinariamente non corrisponde all'aumento dei comodi e delle soddisfazioni che al fondo dominante ne ridonda. Così considerata, la valutazione della servitù si riduce essenzialmente ad una valutazione della mente del proprietario dominante, date le sue condizioni pratiche; ma non del solo proprietario attuale, bensì anche dei proprietari passati e futuri. Per il passato non vi è altro che raccogliere e vagliare dati storici; per l'avvenire si tratta di procedere a mezzo d'induzioni, tenuto conto di tutte le circostanze attuali e della loro variabilità: e oltre a questo non dovrà disprezzarsi neppure lo studio d'un tipo medio di proprietario dominante, astratto, senza dubbio sul genere del buon padre di famiglia, ma non per questo necessariamente lontano dalla verità o dall'approssimazione alla realtà. Evitate così le esagerazioni perturbatrici, non trascurata circostanza alcuna di fatto, per quanto indiretta, non è sempre tanto malagevole, quanto può a prima vista apparire, dar vita e determinazione alla figura attuosa della servitù come può essere esercitata civilmente da parte dell'utente, vale a dire senza eccessi nè esorbitanze dovute all'egoismo individuale e contrapposte all'armonia degli interessi ben combinati a scopo di consociazione.

Evidentemente, dappoichè la servitù si traduce in una utilità da una parte e in un danno dall'altra, la misura della servitù sarà come quella di tutti gli altri atti economici che si riferiscono alle utilità. Non mai il concetto di utilità, economicamente parlando, è tanto obbiettivo, che per diverse persone possa dalla stessa servitù ricavarsi l'utilità medesima, nè per gli stessi fondi. D'altra parte, sino ad un certo punto, è necessaria in diritto, sempre, una risposta precisa alla domanda, quanto una servitù valga: le più volte o ciò non si domanda, o si domanda soltanto con una certa approssimazione. La vera e interessante ricerca della quantità si presenta più che altro nel commercio e in occasione della

Digitized by Google

costituzione della servitù stessa, o in occasione del trapasso dei fondi ai quali essa si riferisce: ossia ogni volta che trattasi di determinare il valore o il prezzo della servitù o dei fondi rispettivi ai quali la servitù, o attivamente o passivamente, spetta.

La quantità della servitù deve corrispondere all'atto costitutivo della medesima. E dato pure che il prodotto dei varî fattori costitutivi della servitù stessa non cambi, perchè alla diminuzione di uno di essi corrisponda esattamente l'aumento dell'altro o viceversa; questa variazione nei fattori, anche se vuolsi ritenere costituisca un semplice *modus* o modalità nell'esercizio della servitù, non può essere adottata arbitrariamente, ma deve rispondere anch'essa all'atto costitutivo e dev'essere nei limiti di un tale atto, necessariamente. Si dice che, aumentando la durata di un getto d'acqua entro una giornata, la quantità complessiva dell'acqua sfruttata in un giorno rimanga la medesima, purchè se ne diminuisca proporzionatamente il getto: e questo è vero, ma non perciò la servitù resta allo stato medesimo di prima e può dirsi la stessa di prima. Tutti comprendono come e quanto essa sia cambiata: e come, se pure si tratta di semplici modalità, queste modalità sono veramente essenziali e costitutive dell'essenza della servitù, nè ad esse può darsi importanza meramente secondaria. Può darsi infatti che, di fronte ad un tale regolamento dell'esercizio di essa servitù, il dominante si senta avvantaggiato o danneggiato, e viceversa il serviente: certo lo stato reciproco delle cose non può prima e dopo rimanere eguale, dappoichè, se così fosse, il cambiamento non avrebbe trovato alcuna vera ragione della propria esistenza. Questo peraltro non significa neppure che in diritto i varî elementi costitutivi della servitù debbano rimanere staccati, nè si possano combinare tra loro per ottenere la esatta valutazione dell'entità quantitativa della servitù: se la ragione aritmetica esige la moltiplicazione di un fattore per l'altro, non sarà certo la giurisprudenza che vorrà opporsi ad un tale calcolo numerico e alla sua significazione pratica, sempre dal punto di vista quantitativo. Ma, giuridicamente parlando, non è il solo prodotto dei varî fattori o la loro combinazione che può interessarci; ma c'interessa anche di

Digitized by Google

conoscere la fisionomia e la quantità di ciascuno di questi fattori; poichè persino sostanzialmente diversa potrebbe essere la configurazione giuridica in più casi, nei quali il prodotto sia identico, ma i fattori siano cambiati. Questo è appunto uno dei tanti esempi, in cui l'insufficienza del procedimento matematico nel campo giuridico si rivela a tutta prima: noi abbiamo dei prodotti identici, ma il solo variar dei fattori varia profondamente o può variare profondamente il rapporto giuridico.

Dunque le idee non sono numeri, e il numero non è se non un lato formale delle cose: almeno per lo studio delle nostre discipline, gli insegnamenti di Pitagora riescono vani e inapplicabili. Per noi la qualità ha importanza quanto la quantità, e più forse; chè anzi staremmo quasi per dire la quantità essere un elemento qualitativo, cioè atto a fissare la qualità dei nostri fenomeni, dei nostri istituti. La qual cosa significa che, mentre possiamo apprezzare tutte le norme matematiche che si riferiscono a quantità in modo assoluto, non possiamo in modo alcuno tener presenti le regole che attengono ai rapporti delle quantità tra di loro, cioè alle proporzioni, alle equidifferenze e via dicendo, se non in quanto queste regole influiscono anche sulla qualità dei rapporti giuridici. Tutto ciò che ha o può avere del formale tende a scomparire dal campo giuridico, avuto riguardo al progresso della nostra scienza, modernamente intesa e adattata alle esigenze attuali; e tanto di formale finirà col restare nella disciplina nostra, quanto appena ne basterà per render sensibile nel campo individuale e sociale quel complesso di energie esterne che irradia dalla compagine intima di un istituto giuridico.

25. Veniamo ora alla trattazione della importantissima tesi sulla causa perpetua nelle servitù prediali: e tanto più importante, inquantochè l'espressione può essere facilmente fonte di malintesi. Che cosa dunque hanno inteso i trattatisti e i giureconsulti per *causa perpetua* nelle servitù prediali? L'Eineccio (1) così dice: « *non alii sunt legitimi servitutem*

(1) *Dissertatio de caussa servitutis perpetua;* § xxv.

Digitized by Google

praedialem inter vivos adquirendi modi, quam mancipatio et in iure cessio: utraque vero haec est actio legis, quae nec diem nec conditionem admittit, adeo servitus his modis constituta est perpetua; servitus perpetua requirit caussam perpetuam ». La spiegazione non è punto chiara: se alla causa perpetua non si vuol dare altro fondamento, all'infuori del fondamento storico tratto dalla sua classificazione tra gli atti per la cui validità occorrevano le forme solenni della *mancipatio* e della *in iure cessio*, si ha una spiegazione null'altro che storica, attinente alla costituzione del rapporto di servitù nei tempi più remoti della romana giurisprudenza. Questo argomento non potrebbe reggere oggi nè applicarsi al diritto moderno, poichè sarebbe un argomento del tutto consunto e che neppure pel tramite della storia interna potrebbe giungere fino a noi: infatti si tratta di storia formale la quale non lascia traccia se non finchè dura quella data forma e talvolta ancora in seguito, fino a che cioè lo istituto di cui si tratta non ha cambiato con la forma la sostanza. Al più pertanto si potrebbe domandare se, cessate in diritto romano le formalità della *mancipatio* e della *in iure cessio* alle quali era legata la costituzione delle servitù, ossia se, allorchè la servitù potè costituirsi per convenzione libera tra le parti, fuvvi alcun periodo d'incertezza giuridica, in cui la costituzione delle servitù non si fosse ancora completamente emancipata dai caratteri di atto legittimo o di stretto gius civile. Ma, ad ogni modo, è egli possibile che un tal periodo transitorio dalla estinzione di quelle forme siasi potuto, per certe conseguenze almeno, trascinare sino a noi?

Sarebbe ingenuità peraltro pretendere disimpegnarsi in sì poche parole di una questione di tanta gravità e per diritto romano e per diritto nostro. È importantissima sulla perpetua causa delle servitù prediali romane una memoria pubblicata nel 1892 dal PEROZZI (1), il quale constatò come allo stato attuale della scienza non si dubita che il requisito sia esistito in limiti maggiori o minori, in qualsiasi epoca del diritto romano; si discute se vada mantenuto nelle servitù odierne, ma non si ha di esso un concetto unico e preciso.

(1) *Rivista Italiana per le scienze giuridiche;* vol. 14, p. 175-257.

Digitized by Google

L'opinione prevalente è che questo requisito fosse richiesto nelle varie epoche del diritto romano: ma taluno lo limitò originariamente alle servitù di acquedotto e affini, ritenendo che si estendesse poi a tutte le servitù come regola generale; altri non lo ritenne mai richiesto rigorosamente. Il solo THIBAUT ritenne che nella giurisprudenza classica il requisito non fosse più richiesto. Quanto ai diritti italiano e francese, osserva il PEROZZI essere incontroversa la non necessità del requisito stesso; ma, col WINDSCHEID, lo ritiene tuttavia controverso per la giurisprudenza del diritto comune tedesco. Le maggiori preoccupazioni del PEROZZI sono tuttavia per il terzo punto della sua tesi: vale a dire circa la determinazione del concetto preciso di *perpetua causa*. A questo proposito il PEROZZI assai opportunamente ci pone sotto agli occhi una raccolta delle nozioni dei vari autori sulla *causa perpetua*, accennando ai requisiti della (così da lui chiamata) naturalezza e della durata, relativamente al solo fondo serviente e qualche volta anche relativamente al dominante. Il PUCHTA esige una qualità insita nel fondo servente, quasi escludendo l'attività umana; ma questa non è che la definizione bartolista di cui facemmo cenno, e non è necessario, solo perchè proviene di Germania, trovarvi un'originalità che non ha. DERNBURG richiede nella servitù la garanzia della durata, talchè la qualità naturale della cosa servente garantisca l'utilità della servitù: ma ecco che così richiamiamo il concetto di utilità, che deve formar parte di un'altra trattazione. ARNDTS esige che il fondo servente renda vantaggio al dominante colle sue qualità durature e non transitoriamente o accidentalmente: ed anche qui si ritorna al concetto dell'utilità. Anche il BIANCHI ricorre alla durabilità e permanenza del vantaggio formante oggetto della servitù, in rapporto alle condizioni del fondo serviente. BRINZ ed ELVERS richiedono la durata e la naturalezza della servitù, e l'ELVERS, spiegando il concetto della naturalezza, afferma che l'esercizio della servitù non deve dipendere da un'attività più o meno accidentale del proprietario del fondo serviente o di terzi, ma dev'essere corrispondente ad uno sfruttamento delle qualità naturali della cosa stessa; che, da un altro punto di vista, le condizioni di fatto non deb-

Digitized by Google

bono dare adito alla previsione che, anche senza il sopravvento di circostanze straordinarie, l'esercizio della servitù possa esser contrariato da ostacoli insuperabili, specie per esaurimento del materiale sul quale l'esercizio stesso è diretto. Il KELLER non si preoccupa di questa seconda parte, ma sviluppa più chiaramente la prima escludendo la possibilità dell'esercizio della servitù come dipendente dal caso o dall'arbitrio umano. Il WINDSCHEID parla d'interesse duraturo ed esige che « sia duratura la forza del fondo serviente » dalla quale appunto il fondo dominante deve trar profitto. Ma di che forza si parla qui? Finchè l'ELVERS ci parla di materia o di materiale della servitù, possiamo intenderci; poichè la materia è qualche cosa di immediatamente percettibile ai nostri tempi; invece il concetto di forza è assai più involuto e difficile a intendersi. Se si dice materia non si dice forse anche forza? Vi è forse una materia senza forza? Un fisico ci risponderebbe ridendo per farci comprendere l'inutilità dei nostri sforzi di penetrare nell'intima compagine dei corpi, pure per le esigenze di quei concetti obbiettivi che debbono esser la guida di ogni trattazione giuridica. Noi non dobbiamo entrare nella compagine dei corpi e nell'indagine delle forze che li reggono, più che non entriamo nello esame della spontaneità delle determinazioni della volontà umana: che la materia sia o no autonoma nell'estrinsecazione delle proprie forze, che l'arbitrio umano sia libero o servo nelle fonti e nel processo di sua attività esteriore, a noi poco deve importare. Per noi l'arbitrio, per essere atto alle manifestazioni volontarie nei negozi giuridici, deve essere scevro da violenze esterne; come la materia, per essere adatta quale oggetto di rapporti giuridici, deve esistere e durare fino a quando la sua durata è indispensabile per produrre quei determinati effetti e dar vita a quei determinati rapporti. Dunque, non si parli di forza, ma semplicemente della materia e delle sue attitudini oggettive; altrimenti si rischia di richiamare un concetto inutile o inesatto, poichè in diritto civile (per lo meno allo stato attuale delle costruzioni teoretiche) non si può trattare di forze, ma semplicemente di attitudini oggettive.

Il SERAFINI parla d'interesse permanente del fondo dominante e di utilità permanente del fondo serviente, rispon-

Digitized by Google

dendo a quel concetto di sfruttamento cui noi abbiamo accennato nello studio sulla definizione della servitù. Ma anche questa è una nozione che per una buona metà attinge al requisito della utilità, la quale ha un senso generico di assoluta evidenza e del cui significato specifico a proposito delle servitù ci occuperemo più tardi. HOFFMANN, più razionalmente, richiama la natura dell'istituto (1) per dire che la servitù deve poter essere esercitata durevolmente e che l'esercizio della servitù « dev'essere reso possibile coi mezzi contenuti nella natura della servitù di cui si tratta ». L'HOFFMANN ha avuto la sventura di non essere compreso dal PEROZZI, malgrado l'acutezza e l'accuratezza della sua critica. L'HOFFMANN vuol dire una cosa semplicissima e chiarissima: vuol dire che la servitù è tale, da rispondere ai bisogni della proprietà, appunto per il contemperamento economico e giuridico del diritto di proprietà del proprietario del fondo dominante col diritto di proprietà del proprietario del fondo serviente. Io non posso esercitare, nel modo più economico, ossia più utile, il mio diritto di proprietà sul fondo mio, se non col sussidio della servitù sul fondo di altro proprietario. Quindi delle due soluzioni l'una: o negare a me proprietario del primo di questi due fondi il completo e più utile sfruttamento del suo fondo per non gravare di servitù l'altro fondo; o accordare questa facoltà di pieno sfruttamento, ed ammettere colla ser-

(1) Del concetto di natura degli istituti giuridici, per ispiegare una data costruzione di un dato negozio o rapporto, non solo oggi non si abusa, ma è moda, quasi, non usare neppure nei limiti del necessario. A prova di questo sacro orrore che oggi si sente per la natura degli istituti giuridici, basti accennare questo esempio, tratto da una discussione, diremo così, accademica, tra un giurista di gran valore ed un più umile cultore di studi giuridici, in presenza di altri giuristi. Il cultore, paragonando il contratto alla *pollicitatio* romana, si permetteva di spiegare come la necessità dell'accettazione per la costruzione del negozio contrattuale da altro non dipendesse fuorchè dalla natura del negozio contrattuale; il giurista celebre, mosso forse da sacro orrore per le spiegazioni desunte dalla natura (causa - fine - oggetto) del negozio giuridico, trovò la spiegazione richiesta (incredibile a dirsi!) in ciò ch'è semplicemente l'effetto della bilateralità del negozio stesso, cioè nella possibilità della revoca della proposta! E il circolo vizioso riscosse l'approvazione degli altri giuristi presenti!

Digitized by Google

vitù la limitazione della proprietà del proprietario dell'altro fondo, nel suo esercizio. Occorre dunque esaminare, praticamente, servitù per servitù; e determinare quanto nella servitù di cui si tratta debbasi alla causa della proprietà, *perchè la causa della servitù è storicamente e logicamente la causa della proprietà* e la disciplina del contemperamento delle varie proprietà conduce, senza uno sforzo immaginabile, alla determinazione del vero concetto di servitù. Or questo contemperamento è sociale, ma prima naturale, e il concetto stesso di proprietà è naturale; appunto il concetto di servitù e di contemperamento delle proprietà, come il concetto di proprietà, appartengono alla stessa natura e non sono che aspetti diversi di una medesima idea. Nè si tratta, come a prima vista potrebbe sembrare, di un inetto sofisma, dovuto alla mancanza di costruzione o spiegazione specifica; allorchè noi veniamo a dire che è la natura del rapporto giuridico della servitù quella che può determinarne la causa perpetua, in rapporto ad una sistemazione permanente delle proprietà che dominano colle proprietà che servono, in un complesso di diritti che attengono soprattutto alla conformazione dei luoghi. Nè regge maggiormente l'altra obbiezione che la causa sia indipendente dal volere dell'uomo, mentre nella sistemazione dei fondi e nel contemperamento delle proprietà sembra debba avere importanza non secondaria la volontà dell'uomo e la destinazione che n'è effetto anche se si restringe alla semplice scelta delle colture. Certamente, il proprietario è libero di adottare quel genere di coltivazione che vuole e lo può (nè in Roma, come a qualche visionario uscì detto, il diritto di proprietà era assoluto individualmente nei singoli proprietari; dovendosi distinguere pienezza di dominio da dominio assoluto) senza ledere i diritti analoghi dei suoi vicini: ma non è libero di scegliere una sistemazione di maggiore o minor durata di fronte a quel *minimum* di sistemazione permanente, che è resa necessaria dalla situazione e dalla *natura* dei luoghi. Nei confini peraltro, tracciati da questi rapporti necessari, per il buon motivo che il fatto dell'uomo non può contrastare al fatto della *natura*, il proprietario di un fondo può scegliere quel genere di cultura e quella destinazione che più gli torna comoda o piacevole:

Digitized by Google

ed in quanto subisce il *minimum* di sistemazione permanente ch'è richiesto dalla natura, si sottomette alla causa perpetua; mentre per la parte che esorbita da questa sistemazione permanente, benchè compresa nel regolamento giuridico di uno stesso rapporto da fondo a fondo, egli non ubbidisce nè risponde ad una causa perpetua, ma bensì ad una causa transitoria e variabile giusta i criterî di destinazione contingente che appartengono a lui e che fanno parte della sua sfera di attività. I proprietari di terreni, per esempio, non potranno pretendere di livellare tutta quanta la crosta terrestre, fino agli antipodi, ai poli e all'equatore; poichè la terra, sottratta da una parte a scopo di livellazione, dovrebbe per certo riversarsi sull'altra parte, producendo un nuovo frastagliamento e dislivello. Quindi le cosiddette servitù legali derivanti dai rapporti di vicinanza obbediscono tutte ad una causa perpetua: perpetua è la causa per cui le acque piovane defluiscono dall'alto al basso e si dividono da una parte all'altra del versante per linee di displuvio determinate dai sistemi oro-idrografici e determinanti i bacini dei corsi d'acqua perenni e il loro eventuale spostamento con mutazione di alvei e di lidi; perpetua è la causa per la quale io posso inseguire un mio animale domestico sul fondo del vicino senza esserne da questi impedito; perpetua è la causa per la quale io ho il diritto di chiedere la comunione del muro al mio vicino di casa; perpetua è la causa per la quale io chieggo il passaggio dal mio fondo interposto tra altri fondi, sino alla via pubblica e attraverso il fondo che mi separa dalla strada pubblica: perpetue sono tutte le cause che necessariamente attengono all'esercizio del diritto di proprietà. Temporanea è invece la causa di una derivazione d'acqua dal fondo del vicino per impastare un terrapieno; del trasporto di materiali per una fabbrica attraverso il fondo del confinante; dell'attingere acqua altrui quando la nostra fonte si è disseccata: come temporanee sono le cause le quali attengono non già a qualsivoglia forma dell'esercizio del diritto di proprietà sulla cosa nostra o all'esercizio della proprietà stessa in genere, ma ad una data forma di questo esercizio in rapporto ad una determinata destinazione che noi abbiamo scelto e che da un momento all'altro possiamo cambiare. Così se noi, pur non rifiutandoci

Digitized by Google

di ricevere sul nostro fondo sottoposto le acque piovane che provengono e vi defluiscono dal fondo superiore, conveniamo coll'altro proprietario che le acque siano a mezzo di manufatti immesse nel fondo inferiore in una determinata maniera, e cioè con una determinata direzione e in apposite tubature o in appositi canali, perchè appunto l'acqua si rechi sul nostro prato irriguo e non invada la nostra vigna o le nostre semenze di cereali: in tal caso e la nostra destinazione e la causa del nostro contratto possono ritenersi precarie, variabili a seconda delle colture e dei progetti che noi per l'avvenire possiamo fare sul nostro fondo. L'unico rapporto giuridico che da tutto quest'insieme viene a risultare tra noi e il nostro vicino, è in parte connesso ad una causa perpetua e in parte connesso ad una causa transitoria: al modo stesso che i prodotti del suolo hanno una causa generica dall'alimentazione che traggono dalla terra e una causa specifica di prosperità dal dissodamento o dallo speciale adattamento del suolo che forma parte della coltura da noi adottata. Se da due cause concorrenti deriva un fenomeno giuridico solo, non è detto per questo che non ci sia dato di analizzarlo o decomporlo a scopo di costruzione scientifica: tanto più che la modificazione transitoria non fa in sostanza che rendere omaggio alla causa perpetua. La questione piuttosto, compita l'analisi, può cadere sulla ricostruzione del negozio: nel senso cioè di determinare se tra queste due cause ve ne sia una che mantenga il suo carattere predominante verso l'altra che ne costituisce come una modificazione o un adattamento. In questo caso, nel negozio giuridico in cui concorrono due cause, la perpetua e la temporanea, il negozio tutto, ricostruito nella sua interezza, dovrebbe essere caratterizzato dalla prima e non dalla seconda di tali cause; appunto perchè l'opera della natura deve prevalere sull'opera dell'uomo. Ma se i due rapporti sono l'uno dall'altro isolati, essi debbono camminare per istrade diverse: e appunto il nodo della questione consiste nel determinare se il rapporto volontario debba ritenersi distinto e indipendente dal rapporto necessario, oppure se dei due rapporti l'uno rimanga assorbito dall'altro.

Il DERNBURG ritenne che e il fondo serviente debba servire per le sue qualità naturali e il fondo dominante debba avere

Digitized by Google

un bisogno naturale di esercitare il diritto di servitù sull'altro; l'opera dell'uomo non potrebbe essere in ciò ammessa come immediatamente operante. Per il BÖCKING le qualità naturali di un fondo corrispondono alle qualità proprie di esso fondo; per l'HOFFMANN una servitù deve esercitarsi coi mezzi che le sono naturali (nè è escluso che la natura della servitù possa esigere l'opera dell'uomo); per l'ELVERS è esclusa l'attività accidentale del proprietario del fondo serviente; per lo SCHRADER la sua attività continuata; per il KELLER la sua attività arbitraria; per il DERNBURG è l'attività del proprietario dominante che resta esclusa. Ed ecco come il concetto accessorio dell'attività umana entra sotto forma negativa a delineare il rapporto di servitù dal punto di vista della causa di esso, sempre partendo dal concetto errato che tra l'opera della natura e quella dell'uomo debba quasi necessariamente ravvisarsi un contrasto funzionale, o non piuttosto più sovente un accordo armonico e praticamente proficuo. Sul requisito poi di durata, richiesto per le servitù come elemento della causa perpetua, o che s'intenda per durata perpetua imprevedibilità della fine, o che s'intenda mancanza della certezza di una fine prossima, o durevolezza certa, ma non sottoposta a misura alcuna, o una dipendenza dell'idea di continuità, sia in ordine alla durata del fondo serviente, come in ordine al vantaggio della servitù o al servizio che ne forma il contenuto, o al bisogno o allo scopo del fondo dominante: in tutte queste costruzioni non è necessario uno sforzo per venire alla determinazione del concetto della durata perpetua, poichè non si vede poi una grande necessità di decampare dal concetto comune e ordinario di durata e dall'altro concetto, pur comune, di perpetuità nel senso di tempo non limitato da termine alcuno.

Il PEROZZI completa la rassegna delle opinioni, alla quale ci siamo attenuti, esaminando talune opinioni isolate, ch'egli chiama anche eccentriche. Secondo lo SCHRADER la ragione della perpetuità della causa sta nel costante risarcimento del materiale di sfruttamento che il fondo serviente offre al dominante (senza di che per l'esaurimento di questo materiale la servitù stessa dovrebbe alla fine estinguersi), come nel caso di *acqua viva*, e nell'esercizio della servitù stessa in modo

Digitized by Google

indipendente dalla continuata attività umana, ossia per semplice *naturalis causa*. Il PEROZZI trova che l'escluso esaurimento del fondo serviente sia un requisito soltanto di talune servitù, mentre l'opinione comune intenderebbe che la causa perpetua dovesse essere requisito di tutte: ma per noi, in coerenza con la definizione data, questo requisito non può non essere costante per conciliare il diritto di proprietà col diritto di servitù, e perciò tanto la causa perpetua quanto l'integrità della proprietà sul fondo serviente sono due requisiti che camminano di pari passo e che non cozzano punto coll'opinione comune, la quale non ha mai ammesso che l'esercizio della servitù sopra un fondo possa giungere sino ad esaurirlo nella sua produttività economica, oppure ad estinguerne le utilità che il proprietario ha sempre diritto, malgrado la servitù, di ricavarne. Forse il concetto della perpetuità, benchè anche espresso in forma negativa sia esatto, non è tuttavia completo se alla costruzione negativa non si accoppia anche la costruzione positiva: poichè s'intende che, escludendo la necessità della continuazione dell'attività umana, implicitamente si accenna ad una immanente attuosità della natura, sia che con ciò si voglia accennare alla azione delle forze di natura o ad altro qualsiasi sistema di funzionamento della materia universale e speciale, in armonia coi fini della natura tutta.

Altra opinione eccentrica, secondo il PEROZZI, è quella del BÖCKING, perchè prescinde dal concetto del diritto comune che l'esercizio della servitù debba durare a lungo, e si riporta alla continuità del servizio che forma il contenuto della servitù: servizio che dev'esser reso dal fondo serviente. Ora, dice il PEROZZI, un servizio può essere continuo, ma può avere una durata brevissima; quindi il BÖCKING non esattamente ha voluto scambiare il requisito della continuità con quello della durata. Ma evidentemente il BÖCKING non si è voluto perdere a spiegare il concetto della durata perpetua della causa della servitù, perchè il diritto non ha dati speciali per determinare in modo caratteristico il requisito della perpetuità, e solo può raccogliere e far proprio il significato grammaticale-cronologico della perpetuità, senz'altro. Ma tuttavia il concetto giuridico può tradursi sotto la forma della conti-

Digitized by Google

nuità, vale a dire non già della ripetizione, senza interruzioni temporanee, dei varî atti che costituiscono l'esercizio della servitù; bensì della illimitata o indeterminata attitudine che questi atti hanno a riprodursi per l'avvenire, per rispondere appunto alla causa dell'istituto e alle manifestazioni esteriori che accompagnano e rivelano lo sfruttamento economico da fondo a fondo. Qui non si tratta del concetto di continuità che distingue le cosiddette servitù continue dalle discontinue, ma bensì di un concetto di continuità in potenza o per lo meno di un concetto di continuità in ordine alle conseguenze economiche che derivano dallo sfruttamento del fondo serviente.

Se io infatti, per gli usi del mio bestiame, ho il diritto di attingere acqua alla fonte del vicino e di portarla entro serbatoi nel mio fondo, anzichè di condurre il bestiame mio a quella fonte perchè si abbeveri sopra luogo, evidentemente, almeno nella stagione in cui l'acqua non è soggetta a soverchi riscaldamenti o qualora io la possa conservare in ambienti adatti a mantenerla fresca, posso seguire due metodi: o posso attingere l'acqua ogni giorno appunto per i bisogni giornalieri del bestiame, o posso attingerla qualche volta un giorno dopo l'altro o qualche volta per due o tre giorni e a intervalli anche non periodici, come più mi aggrada; purchè la quantità dell'acqua che attingo non oltrepassi i bisogni del mio bestiame, secondo la misura indicata nella convenzione o dalla consuetudine o *arbitrio iudicis* o *arbitrio boni viri.* Nell'una e nell'altra ipotesi la causa è perpetua e la mia azione è continua, nel senso che è ordinata per sopperire a bisogni continui: continuo essendo il bisogno che il mio bestiame ha di bere, e il mio interesse di abbeverarlo, anche se ai vecchi capi se ne sostituiscano dei nuovi ed anche se per avventura un giorno il mio prevosto di stalla si dimentichi o trascuri di fare il suo dovere nell'abbeverare il bestiame, che non per questo deve perire o deperire irreparabilmente. In tale ipotesi si dice che io di continuo attingo o continuo ad attingere l'acqua del vicino per l'abbeveramento del mio bestiame; e, poichè ad un simile sfruttamento della fonte del vicino non sono imposti limiti di tempo (almeno fino a che dura la destinazione a termine imprevisto del fondo a tale

Digitized by Google

cultura per cui si esiga la presenza del bestiame e di quel dato bestiame, invariabile per quantità di capi, oppure rispondente alle variazioni contemplate nel contratto stesso di costituzione della servitù), si ritiene che la causa della servitù sia perpetua od immanente, appunto perchè la servitù esige il replicarsi di atti della stessa natura o per lo meno tendenti allo stesso scopo. La continuità economica dell'esercizio della servitù è indice evidentissimo della durata senza limiti di tempo, alla quale risponde lo sfruttamento che costituisce il contenuto della servitù. Questo ha senza dubbio voluto significare il Böcking, quando applicava alla causa perpetua il concetto di continuità del servizio costituente l'oggetto della servitù.

Continua la rassegna del Perozzi. Il Salkowski distingue la *perpetua causa* in senso generale dalla *perpetua causa* in senso speciale: in senso generale per l'attitudine della servitù ad aumentare il valore utile del fondo, ed in senso speciale per la qualità naturale permanente che il fondo serviente deve presentare allo scopo di garantire il valore utile del fondo dominante. La critica di questa opinione sta in ciò, che, essendo i due concetti di utilità per il fondo dominante e di rispondenza concreta del fondo serviente a questa utilità del fondo dominante correlativi, se l'uno dei due è generale, generale è anche l'altro, e, se speciale, anche l'altro è speciale. A nostro modo di vedere il concetto è speciale, perchè risponde ad una data utilità, tenuto conto della *natura* dei due fondi e della *natura* dei rapporti tra l'uno e l'altro fondo e della qualità dei fondi stessi, cioè della loro attitudine fisica e della loro destinazione a produrre una od altra utilità economica. Del resto che la *perpetua causa* sia riconnessa all'utilità e all'utilizzazione dei fondi è cosa ben naturale; ed è cosa altrettanto naturale che in queste entri anche la volontà del proprietario, il quale dispone della cosa propria per adattarla ad una od altra specie di coltura.

Altra formola che al Perozzi sembra originale è quella dell'Hesse, il quale riduce la perpetua causa alla continuità dello scopo; appunto perchè il concetto della continuità in questa nozione è applicata allo scopo. Ma se riflettiamo che il concetto di continuità, specialmente nelle nozioni dello

Digitized by Google

SCHRADER e del BÖCKING, apparisce come negativo dell'attività umana ed affermativo dell'attività naturale e del contenuto della servitù, non possiamo non assurgere ad un concetto più elevato di continuità, quale risulta dallo scopo della servitù stessa, perchè certamente la causa deve allo scopo essere commisurata. E il contenuto della servitù consiste appunto nell'insieme di quei processi giuridici e di quei dati o fenomeni esterni che si schierano in nesso di concatenazione tra loro dalla causa all'effetto e coll'una sì come coll'altro: talchè, quando noi abbiamo potuto fissare la continuità della causa e del fine e il nesso di continuità tra l'una e l'altro, tutti gli stadi intermedi si coordinano sotto un'idea giuridica unica e in un unico contenuto, del quale noi per vero non dovremmo cogliere un solo stadio, ma tutto l'insieme negli svariati rapporti nei quali si decompone. Quindi il concetto di causa non è che una parte, una faccia sola della continuità di tutto quanto il negozio nei suoi componenti; e perciò la difficoltà d'impadronirsi del vero concetto di *perpetua causa* è della stessa natura di tutte le difficoltà che sorgono, allorquando si tratta di stralciare da un'unità giuridica una parte di essa, pur senza guastare il concetto d'insieme nè il concetto che dall'insieme si ripercuote sulle parti.

Quali sono le qualità naturali del fondo, circa le quali, genericamente, è detto che si può istituire una servitù a beneficio di un altro fondo? Il PEROZZI è perplesso nel ritenere che si tratti di qualità preesistenti ad ogni coltura, od anche di quelle sviluppatevi dal lavoro dell'uomo, o di quelle che la natura sola conserva, o di quelle che non si conservano se non con nuovo lavoro. Un tal dubbio è simile a quello che potrebbe sollevarsi per l'esercizio della massima utilizzazione del fondo, o in forza del diritto di proprietà, o in forza del diritto di possesso in genere, o in forza del diritto di usufrutto. Certamente l'esercizio di questi diritti porta ad uno sfruttamento del fondo sul quale essi sono esercitati. S'intende però che lo sfruttamento ha luogo in ogni caso sul fondo quale si trova al momento in cui il diritto sorge: talchè, se questo ha una vigna od un frutteto, anche sôrti da poco e dovuti senza dubbio all'opera dell'uomo, lo sfrut-

Digitized by Google

tamento di esso comprende e la vigna e il frutteto. Nè si può praticamente comprendere, nei casi ordinari, che la servitù sia costituita sopra un fondo sul quale l'opera dell'uomo non abbia concorso a regolare e modificare le forze vive della natura, in modo da dirigerle in un senso anzichè in un altro e da ricavarne uno od altro effetto di sfruttamento: della qual cosa sarà discorso più agevolmente quando si tratterà dell'influenza della destinazione dell'uomo nei suoi rapporti col diritto di servitù. Insomma, un fondo senza scorte morte, senza piantagioni nè seminagioni non è facile neppure soltanto ad immaginarsi; nè è facile ad immaginarsi che le attitudini del fondo stesso al momento della costituzione della servitù si mantengano in seguito senza che l'opera dell'uomo, cooperando coll'opera della natura, ne curi la conservazione. Quindi è che le qualità ricercate dal PEROZZI si trovano immediatamente senza sforzo nel fondo che serve, esaminandolo oggettivamente allorchè su di esso la servitù è costituita.

Prima di procedere oltre, è d'uopo esaminare quei testi del diritto romano che possono dare attacco alla discussione sulla *perpetua causa* delle servitù prediali. E anzitutto ci si presenta la ormai famosa l. 28, Dig. 8, 2, dovuta al commento di PAOLO sui libri sabiniani. SABINO dunque scrisse (è ormai pacifico che la prima parte di questo frammento non sia nè più nè meno che la relazione dell'opinione di questo giureconsulto, fatta dal suo commentatore PAOLO) che non costituisce servitù *fluminis immittendi*, nè si può acquistare per decorso di tempo il diritto ad usare di un foro aperto nella parte bassa d'una parete di comunicazione tra due stanze per lavare il pavimento di un gabinetto o d'un refettorio. Ciò significa che il diritto a servirsi del foro di scarico deve essere costituito a mezzo di contratto esplicito e che non costituisce una servitù *fluminis* della stanza lavata sulla stanza nella quale sono riversate le acque di scarico. Che cosa aggiunge PAOLO a questa opinione di SABINO? Egli interpreta la decisione di PAOLO con una restrizione: con la restrizione cioè che, se nella stanza in cui è praticato il *foramen* cade acqua dal cielo, questo fatto, comechè non continuo (*etsi non assidue fit*), tuttavia accade per causa naturale e perciò si ritiene *fieri perpetuo* ossia *habere perpetuam*

Digitized by Google

causam, contrariamente a quanto accade per quello *quod manu fit.*

Da questa prima interpretazione o commento di PAOLO al responso di SABINO si può ricavare una doppia generalizzazione, di cui l'una egualmente estesa dell'altra. Anzitutto si dice: *quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur*, e quindi implicitamente si viene a dire: *quod ex naturali causa fit, perpetuo* (ossia *perpetua causa*) *fieri existimatur;* e questa non è piccola generalizzazione. Nella parentesi poi vi è una generalizzazione negativa che completa la generalizzazione positiva, presa coll'argomento *a contrario sensu;* per cui si viene alla conclusione che *quod non ex manu fit perpetuam causam habet.* Completando quindi i due concetti l'uno coll'altro e unendoli insieme si viene a questo, che: *quod ex naturali causa et non ex manu fit, perpetuam causam habet.* Per esempio (e questo è detto nell'ultima parte del frammento) la servitù *stillicidii immittendi* ha una causa naturale e perpetua, appunto per la ragione che *non ex manu fit;* talchè, se reggesse come autentico l'inciso: — *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest,* — confrontando i due principî, questo coll'altro da noi ricavato per deduzione dal commento di PAOLO a SABINO, si verrebbe a questa ultima conseguenza, che *servitutes praediorum fiunt ex naturali causa* e non *ex manu hominis.*

Questa conclusione già di per sè stessa, logicamente, non regge in tutta la sua estensione. Se io acquisto per convenzione il diritto di incanalare una parte delle acque sorgive dal fondo del mio vicino e di condurle nel fondo di mia proprietà, dò vita ad una servitù, la quale non potrebbe certamente senza il manufatto sussistere; or questa servitù, destinata come può senz'altro immaginarsi a fine agricolo (p. e. allo scopo di alimentare una vasca per l'inaffiamento degli ortaggi), è di tutta evidenza e per tutte le ragioni una servitù prediale rustica. Poichè e la sorgente e il manufatto sono entrambi la causa della servitù: nel senso che la sorgente senza il manufatto non manderebbe certamente da sè le sue acque ad empire il serbatoio del mio orto, nè il mio manu-

Digitized by Google

fatto sul fondo mio e su quello del vicino approderebbe a nulla, se non trovasse una fonte o sorgente da utilizzare. Nelle sole, cosiddette, servitù legali non vi è punto necessità dell'opera dell'uomo: eppure le servitù prediali non sono tutte legali; anzi le cosiddette servitù legali sono piuttosto rapporti di vicinanza.

Oggidì si propende infatti a ritenere glossema l'inciso: « *omnes autem servitutes..... concedi aquae ductus potest* », e anzi, piuttosto che glossema, una vera glossa che riuscì ad immedesimarsi col testo per comodo dell'empirismo dei pratici e la cui esistenza non deve per nulla preoccupare la decisione che noi possiamo prendere in base alle altre parti del frammento. La nostra interpretazione deve pertanto fondarsi su tutto il resto del frammento. Restando perciò su questo campo, ritorniamo all'ipotesi del forame per la lavanda del pavimento del triclinio. Se l'acqua che serve alla lavanda viene dal cielo, ossia è raccolta dalle pioggie, poichè è fatta servire a questo ufficio lustrale, scaricandola poi nella stanza del vicino (che per certo non potrebbe adibire la sua ad uso di granaio, ma forse soltanto a tale destinazione da potersi egli stesso servire a scopo di lavanda dell'acqua di scarico), certamente passa attraverso al foro che pone in comunicazione le due stanze adiacenti: ma non per questo è detto che, tutte le volte che piove, l'acqua corra liberamente dal triclinio o dal gabinetto dominante sulla stanza serviente. Un tal sistema, in via di fatto, sarebbe incomodo e per la stanza dominante e per la stanza serviente: perchè nell'una e nell'altra non potrebbe intrattenersi persona, mentre piovesse. E siccome la stanza dominante sulla quale, sia pure mercè apposita tubatura, cadesse l'acqua piovana, potrebbe essere stata lavata di recente e non ancora aver d'uopo di lavatura novella; in tal caso l'inopportuna e importuna acqua pluvia, non che essere utile a qualche scopo, non potrebbe se non danneggiare persone e cose. Se dunque di due abitazioni comprese in un'*insula* l'una ha diritto di sfruttare tutta o parte dell'acqua pluvia cadente sul tetto, il proprietario del fondo dominante, per non esporsi a noiose sorprese, dovrà naturalmente trovar conveniente d'istituire un serbatoio sul tetto o sotto il tetto, e magari anche nella stessa

Digitized by Google

camera che si tratta di lavare, ma premunirsi in modo che l'acqua stia a sua disposizione, nel senso che dal recipiente nel quale è serbata possa diffondersi sul pavimento sol quando egli ha intenzione di lavarlo (p. e. nel triclinio una volta al giorno, dopo il pasto maggiore, oppure una volta dopo ciascuno dei pasti principali) e non anche quando questa lavanda sarebbe inopportuna e molesta, molto meno poi nelle ore dei pasti che non possono certo regolarsi col ciel sereno o nuvoloso. Dunque il tubo di condotta o il recipiente di deposito sarà chiuso, e, come oggi si direbbe, munito d'un coperchio per attingervi o d'un rubinetto per farne uscire l'acqua necessaria alla lavanda, quando questa si giudica necessaria. È dunque perfettamente indifferente per il proprietario del fondo serviente che l'acqua da cui è tratto il fabbisogno per la lavanda del fondo dominante sia in tutto o in parte *aqua pluvia;* se anche fosse acqua attinta al fonte e deposta nel recipiente, sarebbe la stessa cosa, perchè le lavande si farebbero sistematicamente, o solo quando il proprietario del fondo dominante lo giudicasse opportuno, oppure nei tempi e colle modalità previste e recate dalla convenzione. Dunque proprio in questo caso del *foramen in imo parietis* fatto da SABINO, il ragionamento di PAOLO, per la parte generale, conclude un bel nulla, e per la parte speciale è radicalmente errato; esso potrà applicarsi, nella sua portata generica, allo scolo delle acque piovane da fondo a fondo aperto, ossia alla superficie della terra nei campi liberi; in altri termini per le servitù rustiche. Per le servitù urbane non sembra nemmeno possa concepirsi in alcun modo.

Il commento di PAOLO, più che superfluo nella sua poco ingegnosa distinzione (come lo ritiene il PEROZZI), è addirittura inesatto: e la difesa del PEROZZI non sembra sufficiente. Che infatti a *quod manu fit* debba considerarsi in contrapposto *quod ex coelo cadit* non può significare in modo caratteristico che l'*aqua coelestis*, comechè mancante di continuità, possa avere, nel caso della lavanda da noi ipotizzata, importanza tale, da cambiare la base del quesito posto da SABINO e da risolverlo in modo diverso dal caso che non si tratti di *aqua coelestis*, ma di acqua portata da sorgenti: e ciò noi abbiamo or ora dimostrato. Se la mancanza di con-

Digitized by Google

tinuità fu obbiezione prevista da PAOLO per mantenere integro il concetto di *perpetua causa, in eo quod ex naturali causa fit*, non è men vero che l'acqua può anche essere versata a mano, perchè *in imo parietis* il *foramen* lasci passare lo scarico: anzi, e nel caso che si tratti di acqua piovana e nel caso che si tratti di acqua sorgiva, occorre sempre l'opera dell'uomo per regolarne la diffusione sul pavimento, a scopo di pulizia. E l'opera dell'uomo non è secondaria neppure nel caso di acqua celeste: tutt'altro, poichè senza l'opera dell'uomo, che regoli l'uscita di quest'acqua, non vi sarebbe neanche la possibilità di utilizzare in modo opportuno la pioggia, e anzi si otterrebbe una quantità di molestie superiore al vantaggio della divisata pulizia. Si dice dal PEROZZI che il contrapposto antitetico a *quod manu fit* è *quod ex coelo cadit;* ma è facile osservare che nel commento di PAOLO a SABINO vi sono due antitesi, l'una che riguarda il genere e l'altra che riguarda la specie. Riguarda il genere l'antitesi già da noi sopra rilevata tra *quod manu fit* e *quod ex naturali causa fit;* riguarda la specie l'antitesi tra il fatto che *nihil ex coelo aquae veniat* e il *quod ex coelo cadit*, riportato, s'intende, anzitutto all'*aqua* di cui ricorre l'ipotesi e poi con un primo tentativo di generalizzazione (che poi diventa addirittura la *causa naturalis* senz'altro) a tutto ciò che cade dal cielo.

Già, se ben si osserva, in circostanze normali, dal cielo non viene che acqua sotto una od altra forma, o liquida o solida, e null'altro che l'acqua può entrare in considerazione quando si tratta di rapporti giuridici; non certo l'influsso delle stelle potrà convertirsi sulla superficie terrestre in un materiale che possa formare oggetto di rapporti tra fondi, urbani o rustici che siano. Oltre a ciò, si ponga mente, di grazia, all'ipotesi mista svolta da PAOLO: *si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat.* Mista, perchè si suppone che l'acqua raccolta e adoperata a scopo di pulizia del triclinio possa in parte provenire dalla pioggia e in parte essere attinta alla fonte; come se una sola stilla d'acqua piovana, fatta entrare nel recipiente ove si conserva l'acqua destinata a tal pulizia, potesse bastare a cambiare il rapporto tra i due ambienti contigui! La Dio mercè, ogni mancanza di serietà

Digitized by Google

si rileva fin dapprincipio in questo commento di PAOLO, se veramente di PAOLO è: posciachè a noi poco importa d'onde l'acqua provenga, ma importa solo in qual maniera si svolga l'esercizio di questo diritto di scolo, sulla stanza vicina, dei rifiuti della pulizia del proprio triclinio. È la stessa direzione dei rifiuti di una tale pulizia, che, di sua *natura*, non può essere soggetta ad una causa celeste, ma dev'essere regolata a seconda della volontà dell'uomo determinata nella convenzione oppur entro i limiti della convenzione e in armonia coi bisogni di pulizia del triclinio; perchè, se si restasse alla mercè delle pioggie, il triclinio potrebbe restar sudicio quando vi è bisogno di pulirlo e potrebbe essere addirittura inondato dall'acqua pluvia quando non vi è alcun bisogno di provvedere alla sua nettezza.

Noi facciamo grazia ai lettori della ripetizione degli argomenti che il PEROZZI adduce a prova che l'inciso « *omnes autem..... aquae ductus potest* » non è che il prodotto di una glossa, riuscito ad usurpare l'autorità del testo; poichè ai suoi argomenti facciamo piena adesione. Ma il commento preteso di PAOLO e che comincia coll'inane e inesatta sottigliezza restrittiva preannunziata dalla costruzione — *hoc ita verum est, si,* ecc. — addirittura non ci calza, mentre l'ultima parte, relativa alla servitù *stillicidii immittendi,* non ci sembra nè inutile nè inopportuna, per completare la prima parte del frammento stesso. Anzichè supporre che PAOLO sia caduto in fenomenali incongruenze mentre dappresso abbiamo le traccie d'una glossa provata, provatissima e che avrebbe potuto comodamente infiltrarsi anche sotto una mole doppia, tripla, ma raggirantesi sopra un concetto unico dominatore, ci sembra più grave di quanto possa esserlo l'amputazione che ci permettiamo fare sull'autenticità del frammento. Per noi è gravemente rivelatore il nesso che corre tra questa parte del frammento, sulla quale ormai non cade più dubbio circa l'origine della glossa, e l'altra parte che la precede e di cui mal si saprebbe attribuire la paternità a PAOLO; com'è rivelatrice la mancanza di nesso tra quello che dicesi il testo di SABINO e il principio di quello che si ritiene essere il commento di PAOLO. Questa costruzione che fa il PEROZZI del sistema dei commenti di PAOLO *ad Sabinum,* nel senso di

Digitized by Google

metter prima il testo di SABINO e di commentarlo poi, non è del resto costante; poichè, se in taluni luoghi (come nella l. 79, D. 6, 1, richiamata dal PEROZZI) si segue una costruzione grammaticale sintattica analoga a quella che vorrebbesi seguita nel frammento da noi esaminato, e magari più aperta e chiara, in altri luoghi invece ciò non si verifica; restando in questi ultimi sempre amalgamato il commento di PAOLO col testo di SABINO da lui commentato.

Per non andar troppo lungi, nella stessa l. 30, Dig. *h. t.* 8, 2, PAOLO tratta abbastanza diffusamente della confusione della servitù e della sopravvivenza parziale della servitù stessa in taluni casi; malgrado il parziale acquisto del fondo di uno dei due proprietari che sono in rapporto di servitù, fatto dall'altro proprietario, e malgrado la costituzione dell'usufrutto in uno dei due fondi. In questo frammento PAOLO non lascia sospettare che vi sia una parte di testo di SABINO e una parte sua di commento, staccata da quel testo; ma il discorso corre dal principio alla fine su di una stessa intonazione, come se non vi fosse alcun riferimento testuale di opinione commentata.

Resta a vedere, se anche ridotto il frammento di PAOLO alla sua genuina e schematica nudità, spogliandolo di ciò che può sembrar glossa, da esso tanto ricavisi che sia di appoggio ad una costruzione della *perpetua causa*. Il ravvicinamento di *flumen* a *stillicidium* colla congiuntiva *quoque* fa sì che quanto è detto per lo stillicidio valga anche per il getto d'acqua in massa compatta di più stille o fiume in senso tecnico diverso dal volgare; nè noi abbiamo ragione per isbarazzarci di questo ultimo inciso del frammento, perchè parla dello stillicidio, applicandovi le stesse norme del *flumen* o per altra qualsivoglia ragione giustificatrice. Anche qui ricorre il concetto della *naturalis et perpetua causa* richiesta per l'*immissio stillicidii*, come deve ricorrere nel *flumen*. Dunque non si riesce di liberarci dal concetto di perpetua causa, neanche riducendo il frammento 28 ai minimi termini e armonizzandolo colla l. 1, § 4, Dig. 43, 22, ossia col concetto ulpianeo di *perpetua causa*. In traccia di questo concetto che non è immaginario, ma reale, almeno nei rapporti di *flumen*, di *aquae ductus*, di *fons*, è d'uopo mettersi

Digitized by Google

con molte precauzioni; tenendo fermo anzitutto che ULPIANO alla cisterna attribuisce le qualità negative di non aver causa perpetua nè acqua viva. Il PEROZZI interpreta queste due qualità negative come in esplicazione l'una dell'altra, quasichè la mancanza di acqua viva debba significare la mancanza di causa perpetua; e appoggia questo suo riflesso sull'osservazione che *cisternae imbribus concipiuntur*, da cui sembra ULPIANO abbia tratto la motivazione fondamentale del suo rapporto.

Ma quì, secondo ULPIANO, la *perpetua causa* è considerata nel fondo serviente anzichè nel dominante, come nel commento sabinianeo di PAOLO: perlochè, confrontando e armonizzando i due frammenti in un concetto unico, sembra debba venirsi a questo, che la *perpetua causa* non si riferisca necessariamente nè al fondo dominante nè al fondo serviente, in modo esclusivo, ma si riferisca con maggiore esattezza ad una qualità dell'acqua, la quale non viene in considerazione rispetto all'uno o all'altro fondo che secondochè l'acqua si trovi nell'uno o nell'altro, secondo che cioè si tratta di scaricarla o di condurla. *Perpetua causa* quindi, applicata all'acqua, secondo il PEROZZI si concreta nel requisito di acqua viva; ma, sottoposta ad una ipotetica generalizzazione in base al significato di *perpetuus* e considerata in armonia con questo significato, non può, a modo di vedere del PEROZZI, tradursi nell'idea assoluta di perpetuità di tempo, ma sì di carattere o natura di continuità nella produzione dell'acqua (malgrado il significato di perpetuità che rilevasi dalle ll. 1, Dig. 23, 3, e 35, § 1, Dig. 35, 1, entrambe di PAOLO, e che il PEROZZI ritiene essere del tutto secondario), tal quale come *perennis* e come *vivus* (il *flumen vivum* è contrapposto al *flumen torrens* in ISIDORO, *orig.* 13, 20). Dunque, conclude il PEROZZI, la *perpetua causa* non esprime un requisito della servitù, ma dell'acqua, nel senso che questa debba essere continua o perenne o per lo meno (come in un caso ammette PAOLO) soggetta a ritorno periodico: ed una sola regola può considerarsi come veramente posta nel diritto romano, che cioè talune servitù relative alle acque non possono costituirsi che sopra acque vive. *Perpetua causa* ad ogni modo, secondo il PEROZZI, non dovrebbe significare continuità di scopo; nè

Digitized by Google

dovrebbe parlarsi d'altra parte di attitudine duratura di un fondo a soddisfare l'onere della servitù, ma soltanto di attitudini continue. Ma vi è dunque qualche caso, sia pure limitato alla cisterna, in cui la *perpetua causa* è caratterizzata da attitudini continue? E allora queste attitudini come altrimenti possono reputarsi continue, se non avuto riguardo allo scopo cui sono dirette? Certamente le attitudini di una cosa non sono *qualitates* nel senso astratto e trascendente che entra a far parte della definizione di servitù formata dai commentatori, quasichè fossero dei corpi a sè e autonomi; ma queste attitudini in tanto vengono prese in considerazione nel campo giuridico, in quanto si considerano relativamente allo scopo (sfruttamento) al quale sono dirette per destinazione di chi vi esercita il proprio diritto o può in qualche modo influirvi.

La ricostruzione proposta dal PEROZZI ha tuttavia un gran merito: quello di essere completa. Fermandosi sul concetto di ULPIANO (L. 11 pr., Dig. 43, 24) che l'acqua viva sembra essere quasi parte del fondo sul quale si trova, conclude che l'acqua non viva è compresa nel fondo come in suo ricettacolo, pur senza costituirne parte come non ne costituiscono parte i tronchi arborei atterrati dal vento o le foglie cadute per il vento autunnale. PAOLO avrebbe quindi male applicata la regola sabiniana, lasciandosene sfuggire la ragione storica: non considerato il fondo come un recipiente qualsiasi per dar ricettacolo ad *aqua non viva*, ossia ad acqua morta, nè considerata l'*aqua viva* come *portio fundi* (sembra che dica il PEROZZI), era naturale che PAOLO avesse ragionato male se veramente avesse detto che *quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur.* E se non egli ha mal ragionato, nè l'incognito quanto grossolano glossatore, dobbiamo interpretare come *viva* l'acqua che *fit ex naturali causa:* appunto perchè, rispetto all'acqua viva, la testimonianza di LABEONE invocata da ULPIANO sembra accennare ad un concetto storico e antico che può, anzi deve, aver lasciato traccia anche nel regolamento delle servitù. Così la *rota* o il *castellum* di cui nella l. 2, Dig., 8, 2, non dànno vita ad una servitù, perchè non sono parti integranti del fondo: mentre, per altro verso, la

Digitized by Google

servitus aquae ducendae non può costituirsi *nisi ex capite vel ex fonte*, appunto perchè un'acqua deviata dal suo corso naturale perde il carattere di viva e perenne (1), giusta la l. 1, § 7, D. 43, 20, e la l. 9, Dig. 8, 3. Il PEROZZI ritiene adunque che la *perpetua causa* non sia nè più nè meno che una qualità dell'acqua, di cui si fa parola, p. es., anche nella l. 1, § 4, Dig. 43, 22 (a riguardo della quale con troppa indifferenza il nostro interprete si sbarazza delle difficoltà desunte dal binomio — *perpetua causa* — e — *viva aqua* —). Questa qualità dell'acqua, anche se si considerasse come una qualità del fondo, non potrebbe ritenersi come una qualità artificiale destinata a sostituire una qualità naturale che manca nel fondo dominante, giusta la spiegazione dell'ELVERS, e per questo dotata del requisito naturale di causa perpetua; poichè talvolta la servitù naturale non provvede alla mancanza di una qualità naturale del fondo dominante, ma ne difende l'esistenza e soventi volte per la sua costituzione ed il suo esercizio il fatto dell'uomo non solo è indispensabile, ma d'importanza predominante sull'opera della natura. Ciò che assolutamente al PEROZZI non garba è che la *perpetua causa* debba obbligatoriamente attaccarsi al concetto di durata, ch'è talmente elastico da non potersi circoscrivere con alcun criterio razionale e che secondo lui è diverso dal criterio dell'ELVERS circa l'imprevedibilità della fine. I bisogni dei fondi d'altra parte, osserva egli, sono necessariamente transitorî, perchè cambiano col cambiare della destinazione data ad essi fondi, come i Romani stessi ammisero.

Nota ancora il PEROZZI che la servitù prediale romana fu da tutti accettata, ma da nessuno fu accettata la perpetua causa, la quale cadde senza lode e senza rimpianto: dato pure che nel diritto romano giustinianeo abbia esistito colla contemporaneità della l. 4 pr., Dig. 8, 1, e della l. 28, Dig. 8, 2, ossia di un principio pretorio con un principio di gius civile. Ma invece la contemporaneità di queste due leggi, osserva

(1) Ciò, in fatto, è inesatto. Si può deviare il corso di un'acqua corrente, e deviarlo a scopo industriale, senza che per questo l'acqua corrente sia meno viva e perenne di prima; anzi, deviando in terreno ove altre sorgenti d'acqua s'incontrassero, il corso potrebbe divenire anche più vivo e copioso di prima.

Digitized by Google

il PEROZZI, rende impossibile l'esistenza del concetto di *perpetua causa:* però, anche ammesso quanto il PEROZZI afferma sull'autenticità dei testi in rapporto alla *perpetua causa*, resta sempre a vedere con quali criteri e in base a qual procedimento di analogia col sistema del diritto romano classico o del giustinianeo abbia potuto lo sconosciuto postumo glossatore ritenere questo concetto e porre il germe della sua amplissima divulgazione. Quindi, anche dato per valido tutto il ragionamento del PEROZZI, resta sempre indispensabile di ricercare che cosa sia *causa* e che cosa *perpetua causa* nelle servitù prediali; e se mai un tal concetto abbia potuto produrre una certa influenza nella dommatica delle servitù, una influenza seria e organica, non già meramente accidentale. Secondo il PEROZZI, causa d'una servitù equivale a condizione, natura, qualità della servitù stessa; ma bene osserva il FERRINI, nella recensione alla memoria del PEROZZI, che non è da trascurarsi in modo assoluto anche l'altro significato, o significato comune della parola *causa* nel senso di cagione, origine, motivo, principio (v. Ll. 1, Dig. 23, 2, e 35, § 1, Dig. 35, 1). Anzi, sul punto di preferire l'uno all'altro significato, il FERRINI sceglie il secondo e lo applica anche a *naturalis causa*, interpretando questa in contrapposizione a *perpetua causa*, come insita in ciò che avviene per effetto di un fenomeno naturale. Ma l'aggettivo *perpetua* applicato a *causa* come potrà mai spiegarsi?

Perpetuus può significare o ciò che è continuo o ciò che non ha fine, dice il FERRINI: due significati tra loro diversi, perchè è ammessa la continuità anche per una durata temporanea. Ma, con tutte le autorità di questo mondo, sembra a noi sommamente inesatta l'ipotesi di cosa la quale non abbia fine; poichè tutte le cose hanno fine o almeno ci si presentano come finite o suscettibili di una fine. Una durata che per noi non ha limite non è già una durata senza fine. Nella natura non vi sono cose che in senso assoluto non abbiano fine; la questione potrà cadere non sulle cose, ma sulle forze della natura, e noi affermammo già che le forze sono sottratte al nostro esame, che non ce ne dobbiamo occupare. La pioggia, è vero, dipende da condizioni meteoriche di cui noi siamo abituati a dire che

Digitized by Google

si ripetono sempre, che agiscono sempre; ma noi non possiamo con tutta esattezza dare una patente di eternità a ciò che è d'attorno a noi: e quindi, quando diciamo *causa perpetua*, non possiamo altro intendere se non una causa, il cui riprodursi senza limitazione di tempo è cosa certa. Qualora dunque noi sostituiamo al concetto di senza fine il concetto di senza limitazione di fine, ci sembra che possiamo avere una nozione più esatta, eppure egualmente estesa di quella che vorrebbe il FERRINI suggerirci: e siccome le cause naturali agiscono in permanenza, anche gli effetti di esse debbono come permanenti ritenersi, nel senso, che, anche se non continui, non possa indicarsene o rappresentarsene comunque una fine, prossima o remota. Quando si ha una causa, la cui funzione è di riprodursi, per quanto poco o molto essa si riproduca, è tutt'una: ed è anche interessante che questa riproduzione avvenga spontanea nella natura, senza intervento dell'opera umana. Le *aquae quae imbribus concipiuntur* hanno una causa la cui ripetizione è nell'ordine della natura, ma non sono continue come le acque vive che zampillano da sorgenti o scaturigini nella roccia; quanto all'opera dell'uomo, essa non potrà mai giungere a regolare la pioggia o il sereno, ma potrà, regolando la destinazione del fondo e sempre uniformandosi alle leggi di natura, avvalersi in un modo speciale delle vicende del fenomeno naturale e regolarne gli effetti, diversi come questi sono (a mo' d'esempio) tra il ricevere in cisterne l'acqua piovana e il lasciarla diffondersi pei solchi della terra, oppure liberamente profluire a seconda delle naturali accidentalità del suolo. Del resto poi, le acque piovane si uniscono alle sorgive per alimentare un medesimo corso d'acqua: quindi, invariabile pur restando il percorso e inesauribile l'acqua di un fiume, la massa o volume di quest'acqua varia a seconda del maggiore o minore alimento che vi portano le acque piovane: per lo che non può dirsi che i due fatti o cause che concorrono alla formazione del corso d'acqua siano tra loro indipendenti.

Il lago e lo stagno, partendo da questi punti di vista, hanno dessi una *causa perpetua?* Il frammento di PAOLO, nella parte che si pretende alterata, chiaramente dice di no. Se dunque ogni acqua viva, sorgiva, fontana, risponde ad

Digitized by Google

una causa perpetua; se il torrente scaturisce anch'esso da una sorgente, e se il lago, il pozzo, la peschiera sono alimentati oltrechè dalle pioggie anche da sorgenti; in tali casi tutti senza dubbio si ha una causa perpetua che per lo meno concorre tanto per l'acqua viva quanto per l'acqua piovana e procede da due cause talora concorrenti e talora separate. Dunque dal punto di vista della costituzione e del funzionamento della servitù non monta proprio nulla che l'acqua sia o non sia viva, sia o non sia in tutto o in parte fontana o sorgiva: quindi, se cisterna è un deposito provvisorio di acqua per mano dell'uomo ivi introdotta e non alimentata nè da pioggie nè da sorgenti, ne consegue che essa non ha e non può avere quella causa perpetua, come non ha acqua viva. Lo dice espressamente il frammento I, § 4, Dig. 43, 22: causa perpetua e acqua viva non sono dunque la stessa cosa, ma la seconda rientra nella prima soltanto come sottospecie. Ora come dunque e perchè non potrà concedersi l'acquedotto dal lago e dallo stagno, pur quando la quantità della presa non metta in pericolo presente il disseccamento del bacino o serbatoio da cui l'acqua vuole attingersi? Una ragione pratica vi è, all'infuori della perpetua causa: ed è che, anche se lo stagno ha acqua viva e non diversifica dal lago fuorchè in quanto la sua acqua viva non è tuttavia perenne, ma anche se lo stagno è caratterizzato dai necessari periodici prosciugamenti e se è alimentato non da acque vive come il lago ma semplicemente da acque piovane, e il lago e lo stagno non ammettono acquedotto perchè l'acqua viva è in essi o non perenne o in una quantità insufficiente ad una presa che abbia una destinazione permanente. E valga il vero: se l'acqua sorgiva, perenne o no, alimentasse il lago o lo stagno come alimenta il fiume, la massa d'acqua che noi vediamo restringersi e far deposito in una conca più o meno profonda, eromperebbe aprendosi strada anche per una piccola valle, secondo le risorse che offre la natura dei luoghi. Ed anche se il bacino è formato da un antico cratere vulcanico, di solito incassato tra le roccie dei monti, quando vi si prende l'acquedotto, l'acquedotto diventa fiume o torrente per il solo fatto che nel bacino di presa vi sono delle sorgenti, quantunque disperso per mille rigagnoli nel fondo

Digitized by Google

dominante: poichè anche un fiume che va al mare o un torrente che va al fiume può immaginarsi come disperso con alterazione del sistema idrografico disposto dalla natura. Dunque perchè la presa non sia un emissario artificiale o fiume artificiale, e perciò sia fatto per alterare il sistema organico delle acque secondo natura, è necessario che l'acquedotto non cambi nè i bacini nè la disposizione idrografica del luogo: poichè questa è attribuzione della natura e non dell'opera umana. Se voi per effetto del vostro acquedotto mi venite disseccando lo stagno, oppure mi riducete stagno il lago, effettivamente trasformate in fiume pubblico od in torrente quella massa d'acqua che prima era costretta in una conca. E se voi quest'acqua, in luogo di allacciarla con altri corsi maggiori che vanno al mare o in luogo di condurla direttamente al mare, la disperdete attraverso al vostro fondo, significa che avete cominciato a fare opere di deviamento le quali per un certo percorso, avvalendovi della pendenza dei luoghi, rendete equivoche tra il fiume pubblico e il fiume privato o acquedotto, e a un certo punto determinate come opere di acquedotto, disperdendo quell'acqua lacuale o stagnante che per gli stessi vostri lavori di perforamento del masso o di escavamento del cratere poteva convertirsi in torrente o fiume secondario oppure finire direttamente al mare.

La conclusione è dunque una: il prosciugamento o la diminuzione sensibilissima della massa d'acqua stagnante, oppure la conversione del lago in stagno, oppure la tendenza all'una o all'altra di queste conseguenze. Perchè voi dunque, proprietario del fondo dominante, pretendete fare queste gravissime mutazioni nel bacino del fondo servente? Tutto ciò non può farsi *iure servitutis*, ma *iure proprietatis*: il solo proprietario ha diritto di prosciugare o bonificare in un modo qualsiasi o nel miglior modo che per lui è possibile (date le condizioni dei luoghi e dei confini) il suo lago o il suo stagno. E qui si parla di stagno o di lago privato; poichè, se si trattasse di stagno o di lago pubblico, la derivazione del privato non sarebbe una servitù, ma un abuso da reprimersi con rimedi provvisti dal diritto pubblico, qualora fosse arbitraria od oltrepassasse i limiti dell'autorizzazione ricevuta dai poteri pubblici. Certamente, se l'acquedotto risponde (come deve la

Digitized by Google

servitù prediale) ad una condizione di cose che, *rebus sic stantibus*, quanto a destinazione del fondo dominante, si presenta come non limitata ad un tempo fisso o determinabile al momento della costituzione di esso; in tal caso dunque, deve logicamente supporsi che il bacino del lago comincierà col vuotarsi sensibilmente e finirà col perdere tutte le sue acque con probabilità di disseccamento per lo meno periodico (ossia col convertirsi in uno stagno) e lo stagno a sua volta finirà col prosciugarsi. Mentre, se trattasi di attingere ad una fonte con opere di derivazione da un fondo all'altro, oppure di sfruttare una sorgente del vicino, in tutto; il sistema idrografico, almeno nelle sue linee fondamentali e superficiali e per quanto può avere attinenza coll'insieme del sistema orografico stabilito e modificato dalla natura, non ne risente per nulla affatto. Le acque d'una sorgente non sono come le acque d'un bacino lacuale o stagnante: queste, per poco che siano alimentate da fonti e da un considerevole scolo di acque piovane, grazie alla profondità della conca in cui si formano, se non traboccano, si fermano nel loro bacino e costituiscono anch'esse una sistemazione che potrà essere eccezionale di fronte all'allacciamento delle reti fluviali e al loro finale scarico nel mare, ma che non per questo è meno naturale. Noi abbiamo dunque una sistemazione naturale eccezionale delle acque, perenni e non perenni, vive e morte; ed una sistemazione per grandi masse. Perchè dunque vogliamo e come possiamo alterare profondamente con acquedotti una tale sistemazione dotata già d'una certa stabilità e rispondente ai sistemi d'inegualità della crosta terrestre? E come potremmo altrimenti cancellare l'eccezione senza tornare alla regola dell'allacciamento di tutte le acque vive o in vene sotterranee e rispondenti ad un completo sistema circolatorio, o in reti largamente intrecciantisi e dirette al mare attraverso alla crosta terrestre e a contatto coll'aria atmosferica e quindi sottoposte all'influenza delle pioggie? Diversa cosa è tuttavia disperdere una massa d'acqua appartenente al sottosuolo e indipendente dall'acqua pluvia e disperdere parte di una massa sistemata alla superficie del suolo, sia questa profluente o stagnante: e la diversità consiste in ciò, che prima di tutto la massa sistemata alla superficie del

Digitized by Google

suolo è d'ordinario maggiore, eppoi ha attitudine ad aumentare appunto per effetto delle pioggie la cui azione non attraversa d'ordinario e sensibilmente la crosta terrestre; e inoltre in ciò, che la sistemazione delle acque che sono alla superficie è coordinata con la sistemazione del territorio, ossia dei monti e delle valli. Quindi, mentre l'opera dell'uomo può, senza spostamenti assai gravi, stabilire un acquedotto facendo presa da una sorgiva (acqua che viene di sotterra); d'altra parte non può, senza attentare a un più universale sistema di natura e ad un più complesso coordinamento di fenomeni, cambiare le condizioni d'esistenza, profondamente, di un bacino lacuale o d'uno stagno (lo stagno poi, per la sua formazione, è anche connesso ad una data qualità del suolo e per la porosità e per la solubilità). Anche negli spazi sotterranei noi abbiamo delle masse considerevoli d'acqua che o cadono dallo stato superficiale e formano dei laghi sotterranei, o si formano nelle stesse viscere della terra e quivi si fermano o trascorrono, magari tornando altrove alla crosta o superficie della terra. Ma lo spostamento di queste masse d'acqua sotterranee (che ordinariamente del resto sono di minore ampiezza delle masse superficiali) offre minori inconvenienti dello spostamento delle masse d'acqua superficiali: senonchè, mentre quasi mai si propone lo sfruttamento delle masse d'acqua sotterranee, quello delle masse superficiali non di rado è una condizione indispensabile per la coltivazione dei fondi, nè se ne può prescindere senza ostacolare i progressi dell'agricoltura secondo la legge del minimo mezzo.

Vi sono quindi delle norme le quali presiedono allo sfruttamento delle acque che sono destinate ad apparire e a rimanere sulla crosta della terra. Per condurre acqua da queste masse è d'uopo non arrivare ad un'alterazione profonda del sistema oro-idrografico come prodotto dall'opera della natura: considerato questo sistema nel suo significato più ampio di regolamento generale di tutto ciò che si manifesta nella struttura del suolo e dei primi strati superficiali del suolo stesso, che si trovano in un certo rapporto colla superficie esteriore o crosta, a contatto coll'atmosfera e colle meteore atmosferiche. E in questo senso può parlarsi di causa perpetua: nel senso che il fondo dominante, con le sue sorgenti, con i

Digitized by Google

suoi corsi e bacini d'acqua continui a coesistere col fondo serviente e con gli sfruttamenti che il fondo dominante si permette di farvi; e nel senso che non si alteri coll'opera dell'uomo ch'è indispensabile allo sfruttamento stesso e con le conseguenze immediate o mediate di esso il sistema oro-idrografico della crosta terrestre. Solo a questo patto è possibile la coesistenza dei fondi e della loro utilizzazione: solo a questo patto è possibile che la servitù non finisca per esaurimento del fondo serviente in quella parte di esso che offre utilità al fondo dominante: questo significa causa perpetua, ossia possibilità di sfruttamento senza limiti di tempo da parte del proprietario del fondo dominante. Causa perpetua di servitù significa esclusione di attentato alla sostanza della proprietà, e non è altro che una traduzione del concetto già da noi espresso nella definizione della servitù: che cioè il diritto del proprietario, malgrado la servitù, debba conservare la sua prevalenza sulla cosa. O s'intende in questo senso, o la *perpetua causa* non solo non ha ragion d'essere oggi, ma neppure per diritto romano può giustificarsi abbastanza. Perchè la spiegazione del PEROZZI coll'acqua viva non sta, specialmente di fronte alla l. 1, § 4, Dig. 43, 22; nè il testo di PAOLO, comunque strenuamente difeso dal FERRINI con argomenti tecnici sui quali non intendiamo affaticare i nostri lettori, si presenta immune o da errori dell'autore o da alterazioni postume, per quanto potemmo dichiarare a suo tempo intorno a ciò.

Non resterebbe che la spiegazione desunta dall'origine storica e sulla quale insiste il BRUGI nella sua appendice al § 663 del lib. VIII del commentario del GLÜCK. Già fin dal 1072, nell'*Archivio Giuridico*, il GROSSI, esaminando la perpetua causa in rapporto al concetto di servitù continua e discontinua, aveva notato che la *causa perpetua* nell'antico diritto romano era la base dell'*actus legitimus* su cui il rapporto stesso di servitù costituivasi; che la causa perpetua devesi ricercare *nell'oggettività della servitù, per cui rendesi giovevole a pro del subbietto, a comodo del quale in ultima analisi ridonda ogni servitù prediale*, e significa che la natura e condizione del fondo serviente sia tale, *da poter prestare al fondo dominante, in perpetuo, il servizio per cui era stata*

Digitized by Google

stabilita la servitù, come ritennero l'OTTOMANO e l'EINECCIO. E perpetua ritenevasi l'attitudine che agiva per legge di natura; di qui la perpetuità della causa come derivante dalle leggi naturali, distinta dalla continuità (*quamvis non sit assiduum*). Dapprima (seguita sempre il GROSSI) la servitù prediale, appunto come costituita da atto legittimo, era nulla qualora mancasse il requisito di perpetuità; ma poi sopravvenne l'equità pretoria e alla domanda di nullità per difetto di causa perpetua contrapponevasi l'eccezione di dolo o del patto (L. 4 pr., Dig. 8, 1) e si disse dallo stesso PAOLO (L. 9, Dig. 8, 3) che a quei tempi potevansi costituire le servitù per qualsivoglia causa. Con ciò non si abolì già il principio della *perpetua causa*, ma soltanto si soccorse coll'equità pretoria all'eventuale mancanza del requisito della perpetuità; e infatti si riportarono nella compilazione giustinianea i frammenti attinenti alla *perpetua causa*, ma nel tempo stesso si disse nelle *Istit. giust.* (II, 3, § 4) che le servitù prediali possono costituirsi per patto, per stipulazione, per testamento, ripetendolo poi TEOFILO nella parafrasi greca. BARTOLO indi avrebbe confuso la perpetuità della causa colla continuità o discontinuità del servizio e avrebbe trasferito il requisito della causa dall'oggetto nel soggetto; ed ecco come sarebbe sôrta l'idea della distinzione tra servitù continua e servitù discontinua, che non era originariamente nei testi romani. Quanto al BRUGI, egli combatte insieme col FERRINI l'esattezza dell'opinione del PEROZZI che la l. 28, Dig. 8, 2, sia alterata e che sia alterata la l. 9, Dig. 8, 3; e sostiene che la *perpetua causa* non è già uno speciale requisito della servitù d'uso o godimento d'acque, sebbene la tecnica l'abbia affinato *per determinare quali acque costituissero una naturale e relativamente duratura qualità del fondo serviente.* Ritiene anche il BRUGI che, accanto al significato tecnico di condizione, natura, qualità, l'uso delle fonti accogliesse anche il significato comune e volgare di cagione, movente; riponendo la causa perpetua in una *derivazione della servitù da un fenomeno o da una condizione naturale del fondo*, senza l'idea della *non-interrotta continuità.*

Questa spiegazione storica, fondata sulla teoria degli *actus legitimi*, che cosa ci può dare, quale funzione può rappre-

Digitized by Google

sentare nella costruzione del concetto di servitù? Senza dubbio l'*actus legitimus* può concorrere a darci la spiegazione dell'origine del requisito di *causa perpetua;* nel senso che, in mancanza di una *causa perpetua*, non si saprebbe nell'ipotesi concepire altra spiegazione. Questa *causa perpetua* è senza dubbio uno dei tanti aspetti, una delle tante faccie della *causa civilis;* talchè, se si facesse un trattato sulla *causa civilis*, la *causa perpetua* delle servitù prediali dovrebbe costituirne quasi un capitolo. Ma la questione risorge sempre. Perchè i Romani prescelsero proprio la *perpetua causa* come un aspetto della *causa civilis* a riguardo delle servitù e non si fermarono invece sopra altro concetto caratteristico? Per ricavare da un fondo un determinato vantaggio ci sono e ci erano, anche al tempo dei Romani, due mezzi: quello di stringere col proprietario del fondo, da cui il benefizio vuol ricavarsi, una convenzione, per cui egli si obblighi e con sè obblighi il proprio patrimonio a concedere, a permettere, a tollerare che il proprietario del fondo vicino o confinante tragga dal fondo proprio quel vantaggio di cui crede aver bisogno; l'altro di stringere col proprietario del fondo che si vuole sfruttare un rapporto reale di servitù, per cui, a cagione e nei limiti dello sfruttamento che desidera, il suo fondo domini sull'altro anche se questo debba poi, ed in seguito comunque, passare ad altro o ad altri proprietari. Logicamente, si dovrebbe ritenere che il proprietario del fondo che chiede all'altro fondo il complemento della propria utilizzazione fosse libero di ricorrere a quello dei due mezzi ch'egli credesse più conveniente e meglio conducente ai suoi fini. Naturalmente, se egli vuole assicurare al suo fondo uno sfruttamento permanente sull'altro fondo, ricorrerà al mezzo della costituzione della servitù; se invece si ripromette un vantaggio temporaneo da questa utilizzazione, può convenirne (all'infuori di ogni vincolo reale) col proprietario del fondo serviente o per un tempo determinato o senza limitazione di tempo, a seconda dei casi. Nella prima di queste ipotesi si presenta naturale e spontanea la costituzione della servitù; nella seconda la costituzione della servitù apparisce davvero superflua e si pensa piuttosto ad un vincolo semplicemente obbligatorio. Questo per la generalità dei casi.

Digitized by Google

L'unico ostacolo che a questo riguardo s'incontra è quello della destinazione del fondo dominante, poichè, se la destinazione attuale del fondo dominante richiede un determinato sfruttamento del fondo serviente, cambiando destinazione (e questa può cambiare per semplice volontà del proprietario) può ritenersi che quello sfruttamento, ritenuto dapprima come utile, si manifesti in seguito come perfettamente inutile. Se ciò è, sembra che in tutte le servitù richieste non dalla situazione dei luoghi (ossia dalla natura) ma dalla volontà dell'uomo, debba implicitamente escludersi la *causa perpetua*, in armonia a quanto dicono i testi circa il *quod ex manu fit*. Ma la destinazione dell'uomo può essere un fattore che non solo non escluda, bensì neppure contrarii la *naturalis causa;* in altri termini può aver luogo entro i limiti della *naturalis causa* e per aiutare la *naturalis causa* o darle una determinazione, un indirizzo speciale, una speciale individuazione che le tendenze equivoche delle forze naturali rivolga ad un fine univoco e circostanziato. Altra cosa sarebbe se la destinazione dell'uomo avvenisse in forma del tutto indipendente dalle forze della natura o contrastando le forze della natura; perchè una tale destinazione non potrebbe essere che transitoria, dovendo sempre alle forze della natura restare il sopravvento. Così la servitù d'*haustus* o di presa d'acqua mercè pompe aspiranti da un fondo inferiore o sottoposto non può essere di lunga durata; poichè si può ideare soltanto come provvisoria, fino a che cioè con minore fatica e con minore spesa, ma sempre per lo stesso scopo (p. e. per inaffiare gli ortaggi pei quali l'acqua del nostro stesso fondo è insufficiente), non si conduce l'acqua dal fondo superiore, o fino a che non si trova modo di estrarne altra dal proprio. Il fatto di ricorrere al fondo sottoposto per procurarsi acqua è un fatto talmente contrario alla natura dei luoghi e all'ordine di natura, che non si può concepire se non come una sistemazione provvisoria, ossia come qualche cosa di ben distante da quella *perpetua causa*, in cui il manufatto non dev'essere che ausiliatore dell'opera della natura.

Nel caso da noi sopra indicato del trar l'acqua dal fondo inferiore, abbiamo un fatto contrario a natura e solo conciliabile con una sistemazione provvisoria del proprio fondo,

Digitized by Google

in rapporto all'utilità che si vuol trarre dalla coltivazione a orto. È assai probabile che in diritto romano questo concetto, che oggi si presenta in una forma così netta e limpida, dal lato della dottrina, ma che neppur oggi ha una base giurisprudenziale certa, apparisse circonfuso di nebbia. E ciò per due ragioni: prima per la cattiva abitudine che i giureconsulti generalmente hanno, di non fermarsi abbastanza sulla manifestazione dei fenomeni di natura; e poi anche per la natura serrata degli atti legittimi, che contrariarono l'espandersi dei rapporti di servitù nella pratica e quindi, per riflesso nella teoria, la generalizzazione del concetto di causa naturale in rapporto all'opera dell'uomo relativamente alla destinazione del fondo. Bene avvisa il BRUGI che *il requisito della causa perpetua* (così com'era stato posto in vigore dalla costruzione degli *actus legitimi*) *giovò presso i Romani ad impedire la troppo facile sottoposizione dei fondi a vincoli ed oneri reali;* talchè, *con un puro lavoro tecnico quel diritto giunse a impedire quanto noi, in nome di una secolare e triste esperienza, abbiamo dovuto eliminare col « deus ex machina » dell'ordine pubblico.* E se questo lavoro tecnico, per la legge del minimo mezzo fin dapprincipio aveva condotto l'*actus legitimus* ad escludere la servitù dove bastava la semplice obbligazione; da una tale forzata considerazione economica imposta al proprietario del fondo sfruttatore, e temperata sempre a favore dello sfruttato grazie ai rapporti comuni di buona vicinanza, sorse pian piano e quasi inconsciamente l'unico concetto possibile della causa perpetua, consistente nello sfruttamento *secondo l'ordine di natura e quindi in dipendenza di una sistemazione definitiva,* anche a mezzo di manufatti, di qualche attività o attitudine fisica del fondo serviente. Allorchè PAOLO o secondo altri gl'interpolatori giustinianei nella l. 9, Dig. 8, 3, ammisero la possibilità di costituire l'*aquae-ductus* o l'*aquae-haustus* non solo *ex capite vel fonte* della sorgiva, ma *ex quocumque loco,* ossia da un punto qualsiasi del corso di questa sorgiva, non intesero nè punto nè poco che retrovertendo con manufatti la direzione della sorgente contrariamente all'inclinazione del suolo (sia con appo site escavazioni, sia con pompe aspiranti), dal fondo inferiore al fondo superiore, si costituisse una servitù vera e propria

Digitized by Google

in onta alla causa perpetua. Solo ammisero che attingendo o conducendo l'acqua anche sotto alla sorgente, ma secondando sempre la giacitura dei luoghi secondo la materiale inclinazione di quelli, potesse questo fatto equivalere intieramente alla presa o alla condotta al punto dove la polla o sorgente apparisce. Non si può confondere il luogo colla causa: *ex quocumque loco* non equivale perfettamente a *ex quacumque causa.*

Ma senza dubbio questo concetto di causa perpetua nel senso di sistemazione definitiva in rapporto alla situazione dei luoghi, se non potè esplicarsi apertamente nel diritto romano, dove la lotta era per l'equità e non per il principio, di fronte all'impaccio della servitù costituita per *actus legitimus* o *iuris civilis;* molto meno poteva apparire attraverso la glossa o il commento sul diritto giustinianeo, preso a base con tutte le sue interpolazioni e con tutti i suoi glossemi. La parte infatti, comechè direttamente interessata ad uno piuttostochè ad altro sistema di sfruttamento, non fu mai libera di preferire a suo beneplacito il rapporto meramente obbligatorio al reale o viceversa; il testo delle leggi giustinianee, aiutato dalla origine e dalla storia dell'*actus legitimus* posto fin dapprincipio a base della costituzione di servitù, si frapponeva come ostacolo insormontabile a qualsiasi tentativo di completa emancipazione dall'antico *gius* civile, comechè da noi intravisto per un semplice lavorìo fantastico di analogie e di ricostruzioni, senza una base diretta nelle fonti. Per assurgere al concetto della sistemazione definitiva dei fondi, in rapporto alla loro utilizzazione dipendente dalla destinazione dell'uomo senza contrastare l'opera della natura, e per intendere il manufatto come contraddicente alla *naturalis causa* soltanto nell'ipotesi che esso non servisse ad aiutare l'opera della natura, conveniva riportarsi all'epoca in cui le servitù (secondo l'acuta concezione del Voigt per le *servitutes itinerum*) erano vere e proprie forme della proprietà, ossia all'epoca di un regolamento pieno e completo della proprietà contemporanea di fondi, la cui assegnazione contemporanea permetteva allo Stato di attribuire sin dapprincipio, per una durata presumibilmente permanente e per una sistemazione definitiva, a ciascuno dei proprietari quella

Digitized by Google

somma di facoltà esplicative dell'attività propria sull'intera zona, che si ritenesse necessaria per la coesistenza del diritto di ciascuno col diritto di tutti. Questa ricostruzione appena da poco tempo, e soltanto imperfettamente, si è resa a noi possibile coi mezzi d'indagine scientifica dei quali possiamo disporre ed anche grazie ad un prodotto divinatorio della fantasia nostra, non sempre sicuramente rispondente a ciò che in realtà avrà potuto verificarsi in quei prischi tempi. La *Glossa* pertanto, sulla l. 1, Cod. 3, 34 (che del resto il PEROZZI, armonicamente alle idee in seguito svolte sulla perpetua causa, fin dal 1897 aveva nella « Rivista italiana per le scienze giuridiche » nel suo studio sui *modi pretorî di acquisto delle servitù* ritenuto essere interpolata nell'inciso *ut luminibus tuis officeret* e nell'altro che da *longi temporis* va a terminare colle parole *obtinere sciet*), aveva detto che la *servitus altius non tollendi « habet perpetuam causam et incipit ab eo tempore, quo vicinus meus fuit aliquando a me prohibitus aedificare; nam ex tunc incipit possidere iure servitutis »*. E sulla l. 27, Dig. 8, 2, la *Glossa* stessa aveva affermato che *omnes servitutes habere debent perpetuas causas, ad hoc ut perpetuo eas habeant ex quo constitutae sunt, licet perpetuo his non utatur*. La dottrina di IRNERIO fu poi ricevuta nella *Summa aurea di* AZONE (rub. *de servitut. et aqua*), e indubbiamente accenna alla mutazione già avvenuta della perpetua causa in causa continua. ACCURSIO, in commento alla l. 28, Dig. 8, 2, avvertì che lo stillicidio *perpetuo paratum est ad suscipiendam aquam;* e, commentando la l. 4 pr., Dig. 8, 1, ritiene che PAPINIANO abbia voluto *constitui servitutes cum quadam perpetuitate propter utilitatem praediorum*. E la scuola avversaria ritenne per fermo che le prediali servitù dovessero avere una causa perpetua perchè si ritenne *hoc earum* (delle servitù prediali) *esse naturae, ut eis assidue, perpetuo et omni tempore uti possimus, si volumus*. BARTOLO poi dalla l. 28, Dig. 8, 2, ricava una regola, ch'egli chiama infallibile, per conoscere se una servitù abbia o non abbia una causa continua (di causa perpetua non parla): se per l'esercizio della servitù occorre il fatto dell'uomo, la servitù non è continua; se non occorre, è continua o quasi-continua. Egli evidentemente confonde causa perpetua con

Digitized by Google

causa continua, e si diparte moltissimo dal vecchio concetto oggettivo della servitù; nella prima delle quali cose senza dubbio egli erra, perchè sostituisce allo scopo del fatto umano secondo la destinazione del fondo l'empirica constatazione di questo fatto, per trarne delle conseguenze che ad ogni caso non possono attagliarsi. Il CEPOLLA seguì il concetto di BARTOLO e anzi mise in luce l'osservazione che il fatto dell'uomo è quasi sempre necessario nell'esercizio di una servitù; e disse altresì che hanno causa perpetua e continua le servitù sempre in uso (in potenza o in atto), come la servitù di stillicidio e di condotta dell'acqua piovana (*De servitut.*, lib. 1 e 2, cap. 2), senza preoccuparsi del fatto che l'opera dell'uomo non solo è necessaria per l'impianto ma anche per la manutenzione dell'acquedotto. E FABRO e ARCASIO notarono doversi distinguere tra servitù continua e servitù perpetua, anche prendendo come punto di partenza la l. 28, Dig. 8, 2, e la causa perpetua identificarono colla causa naturale, aggiungendo che *servitus perpetuam causam habere dicitur in ipsa natura positam;* ma la pratica forense in più d'un caso ha dimostrato di non potersi accontentare di tali massime, come neppure del commento bartolista, nè della glossa accursiana. Taluno, come ad es. il TOULLIER (1), consigliò di non confondersi nella questione oscura e inutile della causa perpetua, ma osservò intanto che la causa perpetua delle servitù non può essere la stessa cosa che la loro continuità; così presso a poco il PARDESSUS (2) e il DEMANTE (3). E il Codice Napoleone non fece proposito di causa perpetua, ma parlò di servitù continue e discontinue (art. 686), infiltrandovi col fatto dell'uomo un concetto analogo a quello della causa perpetua; ma nulla più. I Codici albertino e italiano, il primo all'art. 640 e il secondo all'art. 619, mostrarono anzi di non aver punto riguardo, come nota il GROSSI, al concetto della causa perpetua; perchè intesero il bisogno di significare espressamente quella continuità della servitù di presa d'acqua, che non può sussistere senza il concetto

(1) *Traité, De Servit.*, p. I, chap. I, n. 5.
(2) *Commentaire sur les Servitudes.*
(3) *Programme du Code civil.*

Digitized by Google

di causa perpetua, o che, per dir meglio, risulterebbe dai principî generali della servitù, senz'altro, qualora a questi principî non si fosse inteso di non fare più omaggio in forma sistematica. Per un Codice civile sarebbe forse stata superflua l'una cosa e l'altra; così l'intricarsi in un concetto superfluo la cui formola potrebbe essere oggetto di quelle contestazioni che il TOULLIER paventava, come il richiamare per comodo di una distinzione teorica applicata ad una od altra servitù quello stesso concetto (da non confondersi col concetto di servitù continua che andava a chiarire) di cui si sosteneva e si riconosceva col bandirlo l'inutilità o il pericolo.

Nel diritto comune fuvvi tuttavia quasi una tradizione dottrinale, sostenuta da giureconsulti gravissimi, in favore e in esplicazione della *causa perpetua*, di cui la glossa e il commento ci avevano dato una così ampia generalizzazione. L'OTTOMANO faceva consistere la *causa perpetua* nell'*ius perpetuo assidueque uti licere;* il MACKELDEY esplicò il concetto di eliminazione dell'opera dell'uomo, talchè nel predio *solo naturae beneficio et sine manuaria vicini opera dominantis praedii possessori sufficiat, ita ut ille hoc ius quandocumque collibuerit exercere potest;* il FABRO richiese la causa continua e perpetua in tutte le servitù, e per causa perpetua intese causa naturale, *quia quod ex naturali causa fit, licet non assiduo fiat, perpetuo tamen fieri intelligitur, nempe quia perpetuo fieri posset si rerum utilitas et natura id exigat,* ma reputò commentizia la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue. L'ARCASIO ritenne la *perpetua causa in ipsa natura posita, quae perpetuo durat, etiamsi assidua non cernamus eius effecta,* perchè *certas habet immotas leges neque unquam quiescit.* D'altra parte, i pratici e gli uomini del fôro si adagiarono sulla teoria bartolista: e il CEPOLLA, pur con intenzione di dare una guida completa ai pratici, non fece che girare intorno alle idee di BARTOLO e ricamarle e ampliarle. A lui si deve la costruzione delle servitù quasi continue. Partito dal concetto che vi sono delle servitù, il cui esercizio è perpetuo e continuo solo in potenza ma non in atto, nota che nell'acquedotto, derivata una volta l'acqua *per rivum vel canalem,* essa *facto naturae continuatur et per se ipsam semper fluit* (come nella *servitus*

Digitized by Google

tigni iniuncti vel oneris ferendi; nam, postquam semel est immissum, per se ipsum continuatur): e aggiunge che, come in questo caso, così nel caso che la servitù non si eserciti sempre, ma sia sempre atta ad esercitarsi senza il fatto dell'uomo (come, p. es., nel caso di *servitus stillicidii*), si ha la servitù quasi perpetua o quasi continua. Dovendo dare una nozione della servitù discontinua, alluse alla necessità del fatto dell'uomo per l'esercizio di essa e alla impossibilità che il fatto dell'uomo si svolga continuamente; e fece notare che questa non è sempre in uso *nec actualiter nec potentialiter*. Ma il CEPOLLA, movendo dietro alla suddistinzione del concetto di continuità per comodo della pratica, mostrò di non tenere in gran conto il concetto della *perpetua causa:* il VASQUEZ peraltro, dopo di lui, s'incaricava di demolire in parte l'importanza di quella distinzione casistica, osservando che la causa quasi continua è della stessa natura della continua. Anche egli pose del tutto in non cale la perpetuità della causa, la quale sembra che fosse pertanto ritenuta ormai come insufficiente per i bisogni della pratica.

Il PICINELLI, in un suo scritto nell'*Archivio giuridico* del 1884, *sulla dottrina della perpetuità della causa nelle servitù prediali*, interpretando il *foramen* della l. 28, Dig. 8, 2, come apertura nella parte inferiore di una parete per introdurvi l'acqua occorrente a lavare il pavimento del vicino (nel qual caso a noi sembra invece che di vera *servitus fluminis* non possa parlarsi perchè altro è *flumen*, altro è semplice passaggio di una tubatura per acqua a fine d'immettere semplicemente quest'acqua nel pavimento da lavare), ridusse la *perpetua causa* nei termini seguenti: *Le servitù prediali devono avere* (egli scrisse) *una causa perpetua, vale a dire devono soddisfare ad un bisogno permanente del fondo dominante, e riposare sopra un'utilità che il predio serviente deve in potenza procurare in modo permanente e continuativo al fondo dominante, indipendentemente nell'esercizio continuativo da ogni opera manuale del proprietario del fondo serviente, proporzionata codesta potenza al bisogno che costituisce il fine d'ogni singola servitù.*

Con queste parole sembra che il PICINELLI abbia voluto gettar le basi d'una teoria moderna delle servitù prediali,

Digitized by Google

partendo dai quattro caratteri di servibilità permanente del fondo serviente, d'indipendenza di questa qualità da ogni opera manuale del fondo serviente, di proporzionalità di questa condizione al fine della servitù, di bisogno permanente del fondo dominante.

Se questa costruzione moderna era nelle vedute del PICINELLI, è giuocoforza constatare che non vi è riuscito, perchè non ha eliminato le gravi difficoltà che attorno a questa ricostruzione possono essersi addensate. Egli si occupa più che altro della conciliazione di quella l. 28 colla l. 8, § 5, Dig. 8, 5, da cui risulterebbe potersi acquistare per servitù il diritto d'immettere il fumo dalla cascina nell'edifizio superiore: fumo che non deriva certamente da causa naturale e che senza dubbio *manu fit*. Per evitare che si ferisca la massima — *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent* — il PICINELLI richiama il significato da lui dato alla l. 28, che cioè sia il proprietario del fondo serviente colui che impiega l'opera sua manuale per immettere dalla propria stanza nella stanza del vicino quella quantità d'acqua ch'è necessaria per la pulizia del pavimento: per la qual cosa l'opera manuale del proprietario del fondo serviente è in tale ipotesi necessaria per la *consistenza* e per l'*esercizio continuativo* della servitù; mentre nel caso della *taberna casearia* il fumo è prodotto dal proprietario del fondo dominante. Questa interpretazione della l. 28 suddetta è appoggiata dall'autorità d'EINECCIO (1), il quale rigetta il significato comunemente attribuito all'ipotesi di PAOLO di *foramen emittendae proluviei causa* e afferma l'altro significato di *aqua vel a vicino ingesta foramini, vel aperto epistomio ex cisterna aliqua parieti proxima aliove aquae collecticiae receptaculo sua sponte per illud influente*. Però alla spiegazione d'EINECCIO s'incontrano maggiori difficoltà di quelle che sembrano incontrarsi per la spiegazione comune, poichè allora l'ipotesi del giureconsulto non si sarebbe dovuta fare sul *foramen* soltanto, il *foramen* non altro essendo se non una parte di tutta e intiera la servitù, ma su tutta quanta la tubatura o conduttura attraversante la stanza del vicino (e

(1) *Exercitationes:* § XXIX *Operum.*

Digitized by Google

pur di questa non parla punto il frammento), oppure ed anche in ogni caso sulla conduttura terminante in un *castellum* o muovente da un *castellum* o recipiente e da questo *per epistomium* (cannella, rubinetto) o per altra conduttura munita di *epistomium*, onde l'acqua attraverso il *foramen* apposito avrebbe dovuto penetrare nella stanza da lavarsi. Ora è impossibile che di tutto questo congegno nell'ipotesi del giureconsulto non fosse prevista se non l'ultima parte, certo non la più importante: vogliam dire il *foramen*, trascurando e il *castellum* e la conduttura e quant'altro avrebbe costituito la servitù del fondo vicino. Oltre a ciò, come dicemmo, il complesso di queste opere pel fondo serviente non costituirebbe mai una *servitus fluminis*, ma assai più propriamente una servitù di condotta (*aquae ductus*): eppure il giureconsulto, nella parte del frammento non sospetto, parla di *flumen* in modo espresso. Ad ogni modo in entrambe le ipotesi, in misura maggiore o minore, vi è un *pati* da parte del proprietario del fondo serviente, ma questo *pati* non pregiudica la discussione della *causa perpetua* della servitù che su quel *pati* essenzialmente riposa la propria esistenza, anche se le modalità dell'esercizio si traducono in un *facere* del proprietario del fondo serviente. Su di che accettiamo l'opinione del PICINELLI, avvertendo che la *perpetua causa* consiste e si traduce in un insieme di circostanze, sul complesso delle quali il fatto del proprietario del fondo serviente o del proprietario del fondo dominante non pesa in modo decisivo nè prevalente.

La *perpetua causa* fu condotta per una falsa strada dal WINDSCHEID (vol. I, parte II, § 209, nota 8, del trattato di *Pandette* tradotto dai FADDA e BENSA), scambiandola completamente colla durata dell'interesse cui colla servitù si tratta di provvedere o della forza che per la servitù si tratta di sfruttare. La falsità di questa veduta risulta senz'altro dagli esempi che sono addotti a prova di quell'assunto. Espellere l'acqua usata per la pulizia delle camere è un interesse che non esiste oggi o domani, ma ogni giorno: acquistare, per comodo di un proprietario che coltiva l'astronomia, il diritto di stabilire stromenti astronomici sul terreno del vicino, può essere cosa gradevole per quel proprietario e non per

Digitized by Google

altro che a lui succeda nella proprietà dello stesso fondo. Ciò è vero; ma è altrettanto ovvio riconoscere che qui si tratta, se di servitù è il caso di parlare, di una servitù personale, ossia stabilita a beneficio del proprietario che coltiva l'astronomia e non del suo fondo, che non ha affatto bisogno di questa utilità o di questo beneficio. Laonde la *perpetua causa* vuole essere un requisito del tutto indipendente dai requisiti che servono a distinguere la servitù personale dalla reale: altrimenti questo concetto di *perpetua causa* sarebbe stato inutile e per la tecnica e per la pratica, anche con la glossa e colla teoria bartolista. Ma ciò, almeno per la pratica, è contraddetto dal fatto, buono o cattivo che apparisca, lodevole o biasimevole: per molto tempo nel fôro si applicò, separatamente dai requisiti generali che caratterizzano le servitù reali dalle personali, questo criterio della *perpetua causa* e lo si applicò in modo da trarne una casistica, del cui valore è inutile discutere, ma di cui basta constatare la materiale esistenza. Eppure, malgrado questo lavorio del commento, piano piano non si venne a parlare più di perpetua causa, nelle legislazioni: il concetto della servitù continua invase ed occupò tutto quanto il campo giuridico, dal momento che si riconobbe la opportunità di farlo entrare non già come concetto elementare e caratteristico della servitù prediale, ma come criterio distintivo di una ad altra categoria delle servitù stesse. E si può dire che nei codici moderni la praticità di questa distinzione, rispetto alla maggiore fisionomia di astrazione che il concetto di *perpetua causa* presentava o poteva presentare, si rivelò in forma bene spiccata ed assorbente fino a informare potentemente tutto quanto il sistema giuridico in materia di servitù.

Insomma, per concludere, ci sembra che il requisito della *perpetua causa* sia parte del contenuto delle servitù prediali, ma non meriti di essere ritenuto come un requisito staccato e quasi estrinseco. La servitù prediale certamente deve avere per sè una causa adeguata, perchè possa presentarsi (qual è) una profonda modificazione del concetto di proprietà fino a rendere impossibile un qualsiasi modo di concepire la proprietà senza una limitazione di questa specie. Or, se la proprietà ha una causa perpetua, una causa identica deve avere

Digitized by Google

la servitù il cui concetto s'incorpora quasi con quello di proprietà.

Ma chi oserebbe dire peraltro che la proprietà deve avere una causa perpetua? L'affermazione sembrerebbe ridicola, soltanto perchè contrasterebbe colle nostre abitudini e sarebbe facile intenderla a sproposito: ridicola anche perchè, trattandosi del massimo dei diritti patrimoniali (*ius optimum maximum proprietatis*), noi mal ci adattiamo a concepire un concetto anche più assoluto di questo: il concetto di causa. Pur, se causa equivale a finalità, a direzione del negozio giuridico, non si può negare che qualche cosa di relativo ad una causa perpetua siavi e nella proprietà e nella servitù.

La proprietà di una cosa immobile, di un fondo, non è destinata a scomparire senza un atto solenne giuridico e senza un complesso di cause economiche gravi che ne determinino la cessazione: allo stesso modo la servitù, ch'è come una particella della proprietà perchè appartiene al magistero dell'equilibrio delle varie proprietà individuali nel sistema universale della proprietà fondiaria, non può eliminarsi senza una ragione sufficiente a guastare uno stato permanente che deriva per necessità da una causa immanente anch'essa. Questa permanenza o perennità di scopo nella sistemazione della proprietà fondiaria mercè servitù prediale deriva senza dubbio da varie cause. Anzitutto, deriva dalla qualità stessa dei beni sui quali e la proprietà e la servitù si esplicano: beni immobili, ossia beni che nella immobilità loro hanno una ragione necessaria e gravissima di stabilità, essendone non poco difficile la trasmissione da persona a persona, da proprietario a proprietario, almeno in confronto di ciò che accade per i beni mobili. Dopo ciò, vi è per il suolo a coltivazione il sistema di sfruttamento economico delle forze vive produttive dei beni immobili, quali non si riscontrano nei beni mobili (degli animali però non parliamo) che non presentano forze vive da sfruttare. Il continuo scambio e risarcimento delle forze organiche porta quì ad un'alternativa di utilizzazione incompatibile con uno stato precario, se pure si vuol mantenere nei limiti dell'impiego economico. Solo le lunghe affittanze possono dare un certo surrogato del diritto di proprietà in ordine all'utilizzazione economica dei

Digitized by Google

fondi produttivi: ed anche queste in un grado assai limitato, vale a dire se si tratti di piccola coltura che non esiga grandi sforzi finanziari d'impianto o di rotazione.

Per i fabbricati urbani vi è questo: che, dovendo essi armonizzare con un piano regolatore cittadino e infiltrandosi perciò i motivi di ordine pubblico nella conformazione del diritto di proprietà, ovunque, si dovrebbe pensare ad uno spostamento soverchio dell'ordine pubblico quante volte si potesse di frequente o con una certa facilità modificare lo stato relativo e il comportamento di queste singole proprietà nei rapporti reciproci. Vi possono essere bensì dei servigi resi da fondo a fondo, ma senza un carattere di permanenza: come a dire la comunicazione da una finestra di un edificio alla finestra di un altro edificio mediante ponti movibili o cordami gettati nell'interesse reciproco. Ma questi servigi e queste opere tutt'affatto transitorie non alterano la compagine o la parte materiale del fabbricato e della produttività economica sua, comechè tendano alla prestazione e allo scambio di servigi o di utilità transitorie. I fabbricati restano egualmente utili anche per la soppressione di questi servigi, benchè resi possibili soltanto dalla vicinanza dei fondi stessi.

Conviene notare proprio questo: che, allorquando un servigio, sia pur prestato da fondo a fondo, in occasione della vicinanza dei fondi stessi ed anche per ricavarne delle pratiche utilità, si diparte da una congrua stabilità di scopo, allora pian piano e quasi insensibilmente il servigio o la servitù che dir si voglia, di reale o fondiaria tende a divenir personale con un procedimento che si avverte e si palpa quasi. Prendiamo ad esempio il diritto di abitazione, dato anche in contemplazione di rapporti di vicinanza edilizia: esempio che può benissimo e senza stento configurarsi. Insomma facciamo tutte le ipotesi di figure giuridiche che possono sorgere da questo rapporto; che di due proprietari contigui l'uno, per l'insufficienza della propria casa, acquisti dall'altro il diritto di occupare anche una parte della di lui casa, in maggiore o minore estensione che immaginar si voglia.

L'abitazione ed anche l'usufrutto (art. 515 e 529) si perdono colla morte dell'abitatore o dell'usufruttuario, rispettivamente,

Digitized by Google

comechè l'abitazione serva anche per la famiglia dell'abitatore (art. 522): e l'abitazione come l'usufrutto è una servitù personale, giusta si dice. Ma questa configurazione non è che una forma di attenuazione del servizio prediale, e neppure l'ultima. Così, partendo sempre dall'ipotesi che, di due proprietari contigui, l'uno, per insufficienza della propria casa, acquisti dall'altro il diritto di occupare anche una parte della casa di lui per permettersi secondo l'occasione il lusso di accogliere ospiti improvvisi o no, per mantener decoro e riputazione alla propria famiglia di fronte specialmente ai provinciali, possiamo immaginare le configurazioni seguenti del rapporto giuridico. O il diritto si acquista per la durata fissa di un decennio, di un quinquennio, ecc.: e allora non vi è bisogno di stringere un rapporto di servitù tra i due proprietari, poichè basta concludere un contratto di affittanza eventuale per i casi di bisogno, magari pattuendo sin d'allora il corrispettivo e le modalità tutte dell'esercizio di un tale diritto. O se ne fa un rapporto di abitazione, nel senso che, in presenza di ospiti, il padrone di casa possa per sè invadere le stanze del vicino, per cedere le stanze proprie agli ospiti stessi. O se ne fa un rapporto di servitù, convenendosi che al momento opportuno un fondo vicino richiegga all'altro l'attuazione di questo servizio: la qual cosa non è impossibile sotto forma di servitù, considerando le stanze del fondo vicino siccome un complemento del fondo dominante riguardato come produttivo di unità economica e come unità di destinazione ad uso di abitazione civile. In tutte e tre queste ipotesi possono aversi i medesimi segni esterni di servitù: come a dire porte di comunicazione, campanelli di chiamata, condotti da illuminazione in comune tra il fondo che riceve e quella parte del fondo vicino che fornisce la prestazione. Tuttavia, malgrado questa unicità di segni esterni, la figura giuridica è ben diversa in ciascuno di questi tre casi. Nel primo caso l'utente affittuario non possiede neppure per sè, ma bensì per il proprio vicino (*per inquilinos et servos nostros possidemus*), e lo sfruttamento che a lui si concede è limitato e precario e nulla ha da competere colla stabilità dei diritti petitorî, come non può invocare a propria tutela azione petitoria di sorta. Anzi la posizione giuridica è meno importante di quella

Digitized by Google

di un rapporto qualsiasi di affitto: poichè l'occupazione di parte della casa altrui è soltanto subordinata ad una eventualità, la quale come si può verificare spesso, così può anche non verificarsi mai nel corso degli anni per la durata dei quali fu fatta la convenzione. S'intende che, qualora si dia l'arrivo degli ospiti, colui che li riceve può usare da vero affittuario della parte di casa del vicino, o ad un prezzo unitario preventivamente stabilito, oppure ad un prezzo unico già aleatoriamente convenuto senza preoccuparsi di ciò che potrà accadere nel corso dell'affitto con nessuna, con mediocre, con molta frequenza, od anche affatto. Viene quindi l'ipotesi dell'abitazione; e questa riguarda già il comodo personale diretto dell'avente diritto e della sua famiglia con esso e finchè esso vive.

Ma appunto la limitazione della durata alla vita di una determinata persona scuopre assai evidentemente il servigio personale e del servigio personale fa il vero scopo economico-giuridico della contrattazione: talchè nel caso nostro si ha una ricchezza di cui l'uomo non solo è misura coll'apprezzamento soggettivo della sua utilità, ma altresì colla durata della propria vita, ch'è quanto mai d'instabile e di aleatorio si possa immaginare. Pur tuttavia lo sfruttamento della cosa è pieno nell'estensione dell'utilità che ne forma il contenuto: il diritto di proprietà del proprietario del fondo gravato resta scosso anche più che nella precedente ipotesi; ed anche la comprensione della utilità stessa è maggiore, poichè si estende non solo all'ipotesi di prestazione dell'ospitalità ad altri, ma anche all'uso diretto senza la necessità di appoggiarlo ad una causa o ad una manifestazione qualsiasi o ad un evento di qualsivoglia specie. L'utilità dello sfruttamento in altri termini aumenta in confronto del primo caso, e già comincia a generalizzarsi, benchè lo comprenda e ne faccia parte del proprio contenuto; la qual cosa dimostra come questi diritti concessi a benefizio diretto di una persona abbiano un carattere tutto particolare e caratteristico. Viene infine l'ultima ipotesi, quella cioè della costituzione di una servitù reale da fondo a fondo, indipendentemente dalla vita dei proprietari e dalla durata di essa vita: allora comincia proprio ad apparire la figura d'una causa perpetua,

Digitized by Google

vale a dire di uno scopo permanente che oltrepassa la durata dell'uomo e delle generazioni, e, sfidando davvero l' opera distruttrice del tempo, s'immobilizza quasi coi fondi stessi tra i quali intercede, e costituisce in certo modo come una seconda natura per modificazione apportata dalla destinazione umana allo stato primitivo delle utilità fondiarie e allo sfruttamento di esse nell'ordine economico-giuridico. Causa perpetua, qui, significa che questi servigi da fondo a fondo divengono della natura stessa della proprietà e come la proprietà investono l'esistenza reale, la compagine materiale dei due fondi che sono tra di loro in tale rapporto giuridico: talchè, se il servigio si potesse considerare come non dovuto, la proprietà sui fondi medesimi avrebbe un aspetto totalmente diverso. Significa che la destinazione fondamentale e permanente di fondi li porta a servirsi l'un l'altro per costituire una data zona culturale o edilizia rispondente ad un unico concetto ordinatore che confina col territorio dell' interesse pubblico e non di rado vi penetra. In una parola, questo requisito della perpetuità, nel senso della non limitazione di tempo, vi è nelle servitù prediali, ma non risulta come qualche cosa di esterno o di aggiunto ad esse: bensì apparisce come incorporato e incardinato quasi nel contenuto e nella compagine stessa del rapporto; talchè, definito il rapporto stesso come si conviene, è perfettamente superfluo porvi attenzione in modo speciale.

Digitized by Google

CAPO III.

Il patire e il fare.

26. Servitù *oneris ferendi* e suoi caratteri. — 27. I lavori sul fondo serviente per la *refectio aedificii* o *parietis*. — 28. La *refectio* oltrepassa la semplice manutenzione; *lex aedium*. — 29. *Servitus tigni immittendi;* differenze colla *oneris ferendi*. — 30. Ancora sull'onere *in faciendo* e sul diritto di abbandono del proprietario del fondo serviente per sottrarvisi. — 31. Le servitù onerarie nei tempi di mezzo e nei moderni, specialmente in rapporto alla derelizione. — 32. Giurisprudenza.

26. Tutta l'estrinsecazione pratica del contenuto di una servitù consiste nel fare o nel patire, oppure nel patire e nel fare ad un tempo; semprechè s'intenda che la parte attiva costituisca nel proprietario del fondo serviente come il mezzo per raggiungere il fine del *pati*. Insomma, essenzialmente, la prima manifestazione di una servitù è la sofferenza del proprietario del fondo serviente, che corrisponde allo sfruttamento del proprietario del fondo dominante; mentre il proprietario del fondo dominante nulla deve soffrire per rendersi possibile l'esercizio del proprio diritto.

Il tema delle *servitutes in faciendo* è servito tanto per discussione scientifica, quanto per esercitazione accademica, sino ad ora: nè pretendiamo noi dare impulso di novità a ciò che nulla può avere di nuovo, se non l'interesse teorico e l'interesse pratico stemperato in mille casi che si presentano alla risoluzione giuridica più esattamente e più propriamente nelle fattispecie anzichè sulle linee generali. Noi comincieremo dalla *servitus oneris ferendi;* sia perchè questa servitù di onere o di appoggio è caratteristica ed ha servito di lizza a tutte le battaglie scientifiche finora combattute sul principio generale; sia perchè è dessa una specie di servitù la quale esige una manutenzione, perenne secondo il bisogno e la cui causa è a durata illimitata come la durata della servitù che vi è connessa. La servitù di onere fa parte del trattato speciale delle servitù urbane bensì; ma per questo studio sul quesito, se la servitù possa consistere altresì nel fare, rientra naturalmente anche nella parte generale di cui

Digitized by Google

ora ci occupiamo. E sarà anche buono estender l'esame dalla semplice servitù di onere alla servitù d'immissione; per quella parte almeno che una tale servitù, per la gravitazione meccanica del fondo dominante sul serviente, ha di comune colla semplice servitù di appoggio: senonchè più apertamente e più largamente da quest'ultima potrà risultare, data l'estensione della parete appoggiata e di quella che serve d'appoggio, la natura vera della servitù di cui si tratta. Or la servitù di sopportare il peso di una costruzione altrui suppone evidentemente il contatto della parete del fondo che si costruisce secondo sulla parete del fondo che si costruì primo, oppure il contatto di un solaio o di un pavimento e il peso di uno o più piani sul tetto di un edifizio sottoposto. Il tipo forse più spiccato di questa servitù di onere è nel caso che si trovi già fabbricato un basso edifizio composto di sole botteghe, le quali, dando sulla strada pubblica, ivi hanno le porte d'accesso. Un terzo acquista una di queste botteghe e il diritto alla servitù di onere su tutta la fabbrica: dopodichè eseguisce una sopraelevazione con un pavimento tutto suo, e materiali e muri suoi, di uno o più piani sul piano terreno a uso di botteghe, che resta al precedente proprietario. Ora è chiaro che quì non si tratta che di semplice peso; poichè il proprietario della sopraelevazione non diventa proprietario delle botteghe nè dei fondamenti di tutto quanto l'edifizio, che restano in proprietà del proprietario originario. A parte la comunione del muro per la parte dell' edifizio terreno ceduto per uso di scala, non v'è nulla di comune tra il proprietario del fondo originario sottoposto e il proprietario del fondo sovrapposto: ognuno dispone per diritto di proprietà della parte rispettiva. Solo, evidentemente, le fondamenta del fondo serviente e tutti quanti i muri maestri che dalle fondamenta sono tratti (prolungati poi nella sopraelevazione), ed inoltre i pavimenti superiori nei quali si converte il tetto dell'edifizio originario, ed anche indirettamente o meno fortemente i muri secondari del piano terreno, sono obbligati ad una fatica di sopporto alla quale prima della sopraelevazione non dovettero punto sobbarcarsi. Questa è vera servitù di onere, che non distrugge la proprietà del fondo sottostante nè prevale ad essa, che non impedisce di alienare

Digitized by Google

esso fondo, ma che certamente deprezia il fondo stesso e lo vincola e gli toglie talune attitudini, come quella ad esempio di servire ora o di poter mai servire al diletto del proprietario che volesse darsi bel tempo passeggiando sul tetto o sulla terrazza, l'uno o l'altra dei quali ormai resta abolito per dar luogo alla sopraelevazione; e finalmente, in omaggio alla causa perpetua delle servitù, impedisce che il proprietario delle botteghe le demolisca, perchè allora si distruggerebbe anche la sopraelevazione.

Ebbene, consideriamo questa tipica servitù del sopporto, che si pagherà quanto si vuole, ma può anche non significare comunione di nulla, tranne che del muro terreno necessario per la costruzione della scala d'accesso alla sopraelevazione: nè il contatto del pavimento superiore col terrazzo inferiore significa qualche cosa di comproprietà, perciocchè allora anche un contatto più limitato (e tutte le servitù di onere o di appoggio richiedono un contatto per quanto di piccola superficie) importerebbe, entro i suoi limiti, una comproprietà o comunione di muro, che basterebbe da sè a distruggere la parte esteriore e fenomenica che costituisce il vero contenuto fisico della servitù di onere; in altri termini renderebbe assurda, o per lo meno superflua, la concezione di una servitù di onere, la quale resterebbe assorbita dall'esercizio di maggior diritto, vale a dire del diritto di proprietà. Or, dato che le fondamenta si prestino ad una sopraelevazione di questa fatta, neppure delle fondamenta che si trovano quali erano anteriormente, cioè prima della sopraelevazione, può immaginarsi che la comproprietà passi nel sopraelevante; non ve ne sarebbe alcun bisogno in fatto e quindi neppure in diritto, perchè le esigenze del diritto traggono dalle esigenze del fatto.

Or vediamo qual'è la posizione del proprietario delle botteghe dopo la sopraelevazione del primo piano e per effetto di questa sopraelevazione stessa. Egli per la cosa sua è privato di quella utilizzazione ch'è la conseguenza della utilizzazione del primo piano sopraelevato: e cioè non può portarsi sulla propria terrazza, perchè questa più non esiste, essendo ricoperta da un nuovo strato ad uso di pavimento del piano sovrapposto e non ha più una delle facoltà di maggiore impor-

Digitized by Google

tanza connesse alla proprietà della superficie, ossia la facoltà di sopraelevare indefinitivamente il proprio edifizio, per la finzione di poter disporre *usque ad superos* di tutto lo spazio aereo che si solleva in colonna verticale sopra il suo primitivo edifizio. La ragione di questo cambiamento è evidente. Il diritto alla superficie o di superficie, quando e finchè la superficie è libera, si estrinseca liberamente su tutta la colonna sovrastante e si può esplicare mediante costruzioni di qualsivoglia forma e dimensione, purchè però in armonia coi regolamenti di diritto pubblico. Fatto l'edifizio su questa superficie, la superficie primitiva sparisce perchè è coperta e non si trova più a contatto coll'atmosfera: alla medesima si sostituisce senz'altro una superficie di materiale laterizio, che s'intende aver rimpiazzato l'altra nel contatto coll'atmosfera e come punto di partenza, d'appoggio e di base di ogni ulteriore sopraelevazione. Di qui l'*onus ferre* che grava su questa inedificazione, per ogni ulteriore sopraelevazione: appunto perchè la sopraelevazione ulteriore non ha più nulla a domandare nè a desiderare dal suolo sul quale s'innalza, e ciò in causa dell'edificio che serve ormai di punto intermedio tra il suolo e il materiale che si sta disponendo nella nuova costruzione. Le fondamenta sono gettate e costituiscono il vero mezzo d'incorporazione di ogni edifizio murario col suolo: per la qual cosa, fisicamente, l'edifizio cede al suolo col quale resta incorporato; e la superficie, cioè il punto terrestre a contatto col punto celeste, per ragione di accessione fisica si trasporta quasi sulla parte scoperta della costruzione laterizia sovrapposta al suolo. Questa parte scoperta è superficie e funziona, rispetto ad una nuova sopraelevazione, tale e quale come avrebbe potuto funzionare il suolo se fosse rimasto scoperto: salva però sempre la sufficienza dei fondamenti già gettati per la edificazione terrena, a sostenere il peso di una tale sopraelevazione. Che se le fondamenta sono insufficienti al peso della sopraelevazione e ciononostante con pericolo della solidità si è fabbricato (ma a questo si oppongono le leggi e i regolamenti che la pubblica e privata sicurezza disciplinano), cessa virtualmente, anche prima della lesione e della rovina del fabbricato, l'aderenza di esso al suolo e con ciò non si ha più una casa, un fabbricato, ma

Digitized by Google

un oggetto quasi mobile e che la prima scossa di terremoto basterà per mandare in rovina.

Or, messa da banda questa ipotesi anormale della insufficienza certa dei fondamenti e pur rimanendo nei termini della perfetta incorporazione dell'edifizio, primo fabbricato, al suolo per ragion delle fondamenta, restano a fare due ipotesi: o che il proprietario dell'edifizio primo (cui le fondamenta appartengono) sopraelevi esso il suo edifizio; o che lo sopraelevi, per diritto acquistato alla sopraelevazione, un estraneo. Nel primo caso si ha una sopraelevazione e l'*onus ferre* per diritto di proprietà e non per diritto di servitù, perocchè *nemini res sua servit;* nel secondo caso si ha una sopraelevazione e l'*onus ferre* per vero e proprio diritto di servitù, ossia per un diritto reale che corrisponde pienamente alla definizione da noi data in principio di questa parte generale, in ordine alla servitù. L'*onus ferre* dunque vi è in ambi i casi; ma nel caso di sopraelevazione *iure proprietatis* non può presentare un contenuto giuridico apprezzabile all'infuori della proprietà, mentre invece nel caso di sopraelevazione *iure servitutis* assume a sè quel diritto che corrisponderebbe al diritto di superficie del proprietario sul proprio suolo che gli ha servito per fabbricare il piano terreno. Non è ammesso che il proprietario del fondo serviente intenda (se pure non vi è in questo senso un patto espresso) di esercitare il diritto di sopraelevazione sulla sopraelevazione del concessionario della servitù, incastrando così il primo piano tra il suo piano terreno e il suo secondo piano; perciocchè il diritto alla sopraelevazione per la colonna aerea che si solleva indefinitamente nel cielo dal nostro fondo resta fino a che tra il nostro fondo stesso e l'atmosfera vi è contatto. Disparito il contatto coll'aria esterna, l'edifizio vecchio non può più aver diritto di sorta sulla colonna d'aria come sopra innalzantesi. E ciò appunto perchè, se la colonna d'aria si facesse sempre partire da quel punto o da quella superficie da cui si faceva partire allorquando il fondo che ora serve era libero da ogni servitù, questa colonna (che non è immaginaria ma reale) dovrebbe attraversare il fondo altrui sovrapposto, e nell'oltrepassarlo importerebbe violazione del diritto di proprietà sul fondo stesso sovrapposto, a danno dell'ultimo

Digitized by Google

sopraelevatore o fabbricante. Dunque non c'è solo l'*onus ferre*, ma anche la soppressione del diritto di utilizzare la superficie *ad superos* per quanto le fondamenta già poste il comportino; non di utilizzarla *ad inferos* finchè ciò può aver luogo senza ledere per sè e per altrui l'integrità e la solidità delle fondamenta medesime, ossia la soppressione di un vero e proprio diritto, di una vera e propria facoltà ricongiunta alla proprietà e da questa dipendente. Or questa soppressione di una facoltà spettante al proprietario, senza che per questo il diritto di proprietà perda la sua prevalenza, non è se non frutto di quel fenomeno giuridico, che suol denominarsi servitù: il proprietario infatti della parte dell'edificio destinata a botteghe non perde il suo diritto di alienare a chiunque voglia quella parte o a titolo oneroso o a titolo gratuito, ne può ricavare quell'utilità che crede migliore e può darle quella sistemazione che ritiene più opportuna; a patto peraltro che col suo fatto e colle sue nuove opere non renda impossibile l'esercizio della servitù da lui concessa a chi sopraelevò sulla sua costruzione terrena. In tal caso si avrebbe un esercizio incivile ed antigiuridico del diritto di proprietà a danno della servitù legalmente costituita; e perciò non debbono mancare mezzi per ristabilire l'equilibrio tra i due diritti in armonia coi principî generali sulle servitù.

27. Ma da questo a far dei lavori sul fondo serviente, unicamente per render possibile l'esercizio della servitù da parte del fondo dominante, non ci corre poco. Anche di questo peraltro dobbiamo persuaderci dinanzi alla chiarezza delle nostre fonti. Paolo in l. 33, Dig. 8, 2, afferma chiaramente che l'obbligo di restaurare o rifare una colonna che sopportava il peso di case vicine spetta al proprietario della casa serviente e non già al proprietario della casa dominante, dappoichè nella *lex aedium* fu scritto: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, volendo significare che la parete sia perpetuamente fatta in modo da sopportare il peso del fondo vicino, anche se ad una parete precedente rovinata debba sostituirsene una nuova. Ulpiano poi, nella l. 6, §§ 2 e 3, Dig. 8, 5, commentando l'editto, sostiene che nella *servitus oneris ferendi* il proprietario del fondo serviente ha l'obbligo di

Digitized by Google

ferre onera e di *reficere aedificia*, e richiama a tal riguardo la disputa tra le opinioni di GALLO AQUILIO e di SERVIO SULPICIO, il primo dei quali si formalizzava perchè si volesse imporre una servitù consistente in *facere aliquid*, e il secondo ammetteva l'azionabilità del diritto, *ius sibi esse cogere adversarium ad onera sua sustinenda;* e riporta altresì l'opinione di LABEONE che si tratti sempre di azione reale anche secondo la configurazione sulpiciana. Ma oltre a quest'obbligo del vicino alla *refectio parietis*, osserva ULPIANO stesso (L. 8, Dig. 8, 5), non ha il proprietario del fondo serviente alcun dovere di puntellare l'edifizio del vicino dominante, finchè sia compiuta la restaurazione del muro; se pertanto non vuol puntellare il proprio edifizio, lo lasci cadere finchè il vicino non ha eseguito la *refectio parietis* e poi lo ricostruisca dopo rifatta la parete di appoggio del vicino. Che se il proprietario del fondo dominante pretende che il proprietario serviente puntelli il suo muro durante la *refectio parietis*, il proprietario del fondo serviente ha l'azione contraria colla formula *ius tibi non esse me cogere*, vale a dire una specie di *actio negatoria*.

Il diritto bizantino accoglie la stessa soluzione, benchè dalla parafrasi di TEOFILO apparisca o possa supporsi che in quel diritto si ebbe una assai inesatta nozione delle servitù urbane e delle rustiche, amalgamate quasi nel concetto unico della *servitus oneris ferendi*. L'opinione di PAOLO e di SERVIO, del resto, è pienamente compatibile di una costruzione teorica concreta. Il proprietario del fondo serviente deve rispettare la *lex aedium; paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit:* in altri termini deve far sì che lo stato della sua parete e la attitudine di essa al *ferre onus* della casa vicina rimanga inalterata sempre com'era all'epoca nella quale la servitù fu costituita, curando il mantenimento dello *statu quo* al momento della costituzione. Un tale mantenimento in moltissimi casi non potrebbe aversi se non a patto di *reficere parietem* nel fondo serviente: onere questo che spetta al proprietario del fondo stesso serviente e che non può far carico al proprietario del fondo dominante, considerato come mezzo al *pati* e all'esercizio in ispecie della servitù *oneris ferendi*, la quale non può svolgersi senza materiale appoggio di muro contro muro. Ma l'obbligo di manutenzione del proprietario

Digitized by Google

del fondo serviente per rendere possibile l'esercizio della servitù *oneris ferendi* sul proprio fondo non va, nè può andare dalla *refectio* della sua *paries* alla *fultura aedificiorum vicini:* poichè, se così fosse, quantunque anche questa manutenzione risponda alla necessità della servitù e della sua esistenza, la *lex aedium* non risponderebbe più alla formola *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit;* e il proprietario del fondo serviente dovrebbe fare altro e di più che mettere il proprio fondo a disposizione del fondo dominante per l'esercizio della servitù e in condizioni tali da poter sostenere l'esercizio della servitù stessa da parte del vicino. Insomma, se l'esercizio della servitù esige una manutenzione, logica giuridica ed equità ben consigliano di ritenere che ciascuna delle due parti debba sostenere quella parte di oneri accessori che corrisponde alla parte rispettiva di diritti e di obblighi ch'entrano nella composizione o nel contenuto della servitù secondo il rispettivo interesse. Il proprietario del fondo dominante ha interesse di mettersi e di mantenersi in grado di esercitare il diritto di appoggio, e il proprietario del fondo serviente ha interesse di mantenersi sempre in condizione di offrire la parete al sostegno dell'edificio dominante per evitare le recriminazioni del vicino che possono esplicarsi in sede petitoria o per il rifacimento dei danni, oppure con entrambi i mezzi.

Il rapporto reale non può esplicarsi senza una continua virtuale manutenzione, la quale si traduce più o meno spesso in realtà esteriore; e questa manutenzione suppone un rapporto personale che ha per oggetto o la cosa dominante o la cosa serviente. Ma, perchè il rapporto giuridico reale abbia o conservi il sopravvento e dia l'intonazione a tutto quanto il negozio giuridico, è necessario che il rapporto personale si mantenga di fronte al reale in posizione di accessorio: la qual cosa non può ottenersi se non quando l'obbligazione che sorge da quel rapporto sia mezzo e non fine, nè contenuto del rapporto fondamentale di servitù. E, dal momento che si tratta di mezzo, è proprio il caso di dire che ciascuna delle parti deve apprestare quei mezzi che si appalesano necessari per il conseguimento del fine rispettivo, e che quindi il proprietario del fondo dominante, se ha intenzione di eser-

Digitized by Google

citare il proprio diritto, si metta in grado di farlo appena gli sarà possibile; e però puntelli la propria parete in attesa che il proprietario del fondo serviente abbia risarcito il suo muro, per la ragione semplicissima che, non facendo questo, il suo muro rovinerebbe e non potrebbe in seguito trovarsi in grado di appoggiare sulla risarcita parete del vicino. Si può ripetere che, a parte la formola della *lex aedium* com'è sopra indicata, logica vuole che il proprietario del fondo serviente, se in un momento qualsiasi non si trova in grado di dar l'appoggio al vicino sulla propria parete, provveda all'integrità e alla saldezza della parete stessa per non isfuggire indirettamente all'onere che grava sul proprio fondo e che non vi graverebbe più, quando la casa dominante fosse perita per diroccamento del muro di contatto. Ma ognun vede dove andrebbe a finire questo principio, qualora fosse elevato a sistema illimitato nei rapporti di servitù. Due persone abitano in due case vicine e una di esse acquista in perpetuo il diritto di attingere acqua (diritto ch'è una servitù bella e buona) nel pozzo del proprietario vicino: or se la casa del vicino crolla, non può più essere abitata, e se non può più essere abitata cessa la servitù dovuta alla ragion di vicinanza, e il proprietario del fondo serviente rimane disciolto da ogni impegno. Ora, è egli ammissibile che il proprietario del fondo serviente, oltrechè a tollerare che il proprietario del fondo dominante attinga al suo pozzo, sia obbligato anche a rifare la casa diroccata oppure a fare su di essa tali opere da impedirne il diroccamento? Allora sarebbe inutile, anzi falso il dire che la servitù si estingue per il perimento del fondo dominante, perchè il fondo dominante, per le cure del serviente, o non dovrebbe mai perire, o, perito, dovrebbesi ricostruire appunto per dar modo all'esercizio del diritto di servitù. Nè è a dirsi che nella servitù di onere vi sia qualche cosa di speciale, ossia il contatto dei due fondi che ne forma il contenuto: poichè il contatto di fronte alla costruzione della servitù non rappresenta nè più nè meno di quello che la semplice vicinanza senza contatto, vale a dire lo stato di fatto che dà occasione al costituirsi del rapporto di servitù.

Il contatto è dunque la causa, l'antefatto, e non la conseguenza, il portato del rapporto giuridico di servitù; epperciò,

Digitized by Google

se ad un momento questo contatto cessa non per fatto del proprietario del fondo serviente, nè per perimento o inettitudine del fondo serviente all'*onus ferre*, ma per fatto del proprietario del fondo dominante e per perimento del fondo dominante o di quella parte di esso che deve prestarsi al contatto al fondo serviente, evidentemente manca la piattaforma, il sostrato di fatto che dev'essere fornito dal proprietario del fondo che ha interesse a crearsi l'appoggio, ossia del fondo dominante. E qui, se trattasi di perimento dello intiero fondo dominante, la servitù si estingue per le cose dette; se si tratta invece di ruina di quel muro d'appoggio che serve come di veicolo dell'appoggio stesso da fondo a fondo, pur restando integro nella sua ossatura schematica il fondo dominante, la servitù non si estingue, ma l'esercizio ne rimane sospeso fino a che il proprietario del fondo dominante non rimette di bel nuovo il suo fondo in grado di appoggiarsi sul fondo vicino, ossia fino a che non rifà il muro che serve di strumento all'appoggio stesso, ossia di contatto da fondo a fondo. E siccome la servitù può estinguersi, oltrechè pel perimento completo, anche per la cambiata destinazione di quello ch'era prima il fondo dominante; se il proprietario di questo non si cura di rifare il muro a contatto parziale o totale col proprietario del fondo vicino, ma provvede in modo diverso al risarcimento della casa, anche chiedendo la comunione del muro ed evitando così e la servitù ed ogni vietata intercapedine, significa ch'egli rinunzia alla servitù acquistata e che non darà pertanto molestia ulteriore per questo all'altro proprietario con pretese corrispondenti. Quale del resto sia la diversità tra la medianità del muro e la servitù di appoggio, ben di leggieri potrà rilevarsi a suo luogo, quando si tratterà di questa specie di servitù: ma fin d'ora può ritenersi praticamente che si ha appoggio anzichè comunione del muro, allorchè il muro del vicino non basta alla solidità o alla destinazione della nostra costruzione e noi pertanto ne fabbrichiamo un altro allo scopo del nostro appoggio, e, rovinato, lo rifabbrichiamo allo scopo di evitare non solo la interruzione dell'esercizio, ma anche la cessazione della servitù a causa di perimento del fondo dominante. Oltre a ciò, di solito, praticamente vi ha questa differenza tra la medianità

Digitized by Google

del muro e il semplice appoggio anche senza immissione: che la comunione è estesa a tutto il muro, per quanto esso è in superficie; mentre abitualmente l'appoggio non si esplica se non sopra una parte della parete del vicino, ossia sopra quella parte in cui meccanicamente è d'uopo che graviti sul fondo serviente.

28. Dunque, dal punto di vista logico ed anche sulla scorta dei testi citati, non si ravvisa incongruenza o difficoltà di sorta in ritenere che il proprietario del fondo serviente non solo debba mantenere la sua parete in istato di *onus ferre* accomodandola dove si mostra non più adatta a tale funzione, ma debba altresì rifare daccapo la parete stessa qualora questa sia caduta ed abbia così reso impossibile l'esercizio della servitù; non debba però prestarsi al rifacimento della parete del fondo dominante, perchè l'interesse di ciò fare è tutto del proprietario del fondo dominante e perchè fino a questo punto non può estendersi il gravame del serviente, anche di fronte all'eventualità d'un perimento per distruzione completa o per cambiamento di destinazione del dominante. Nè è esatto il dire che il semplice puntello della parete che domina altro non verrebbe in fondo a significare se non un surrogato temporaneo alla servitù che nella sua piena manifestazione è per il momento impedita e che anche in questa precaria situazione il proprietario del fondo serviente deve mettersi in grado di sopportare la servitù; essendo il puntello anch'esso un mezzo d'appoggio nei casi in cui, per la caduta del muro di appoggio, è impedito il contatto diretto che distribuirebbe l'appoggio stesso, se non sopra una superficie maggiore sempre, per lo meno in modo diverso e con diverso criterio distributivo meccanico e in opera di leggi un po' più complesse. Poichè, se il puntello non è che un metodo di appoggio provvisorio, mentre il contatto di muro a muro è la forma di appoggio stabile; evidentemente i doveri del proprietario del fondo serviente nell'un caso e nell'altro sono identici: egli deve mettere la sua parete in grado di sostenere l'appoggio del vicino edifizio, sia pure col sistema dei puntelli, e perciò non ha l'obbligo che della rifazione e della manutenzione in genere della propria parete, non altro. Natu-

Digitized by Google

ralmente, se il puntello deve immettersi nella parete del fondo serviente, la servitù di sopporto a semplice contatto si traduce temporaneamente in servitù di sopporto per immissione di travi *(tigni immittendi)*; ma, siccome appunto si tratta d'uno stato di cose provvisorio, il proprietario del fondo serviente ha diritto che il proprietario del fondo dominante, appena ciò sarà possibile, tolga i puntelli con immissione e o ricorra ai puntelli per semplice intrabeazione di contatto oppure ritorni senz'altro direttamente, appena abbia rimesso il suo fondo in condizione da poterlo fare, al vecchio sistema del contatto di parete con parete.

Se il proprietario del fondo dominante mostrasse chiara la sua intenzione di non cambiar destinazione alla casa ma di voler continuare nella servitù dell'appoggio, nè la casa stessa fosse siffattamente ruinata da doversi considerare come perita agli effetti dell'estinzione del diritto di servitù; il proprietario stesso del fondo dominante non avrebbe tuttavia ostacolo di sorta, se non per le ragioni dell'equità e dell'interesse, nel costringere il proprietario del fondo serviente alla puntellatura o alla *refectio* della parete del fondo dominante. Vi è una *lex aedium* e questa pattuizione, nei limiti della servitù di appoggio, non può essere ispirata che a criteri di equità; però, se trattasi di una *lex pacti*, non è impossibile che nel patto tra i proprietari dei due fondi sia fatto obbligo al proprietario del fondo serviente anche di puntellare, di tenere in piedi, e persino all'occorrenza di rifare, la parete del fondo dominante, nel cui contatto si traduce la servitù dell'appoggio. Ritorna dunque la domanda per discernere se qui si tratti di un obbligo connesso e dipendente dalla servitù d'appoggio, oppure di un'obbligazione personale (sia pure sotto forma di patto adietto) a complemento della servitù stessa. Ritorna la questione se, in difetto di un patto speciale che obblighi il proprietario del fondo serviente a risarcire o ricostruire il muro del fondo dominante, quest'obbligo di risarcire derivi — sempre quando il proprietario del fondo dominante non dia al suo fondo una destinazione diversa da quella che è necessaria per l'esercizio della servitù, ovvero quando la casa dominante non possa considerarsi come distrutta agli effetti dell'estinzione della servitù

Digitized by Google

— implicitamente dalla natura della servitù di onere od appoggio, o per la natura stessa di quella o per una *lex aedium*, intendendo per tale non un patto ma una vera disposizione del potere pubblico, obbligatoria per tutti i cittadini. Ed eccoci alla formola sopraddetta, *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit* (L. 33, Dig. 8, 5), per vedere se da questa ci è dato desumere un argomento sicuro in favore della non-obbligatorietà pel proprietario del fondo serviente di puntellare o di provvedere altrimenti alla manutenzione ovvero alla ricostruzione della parete del fondo dominante. Da chi venne questa *lex aedium?* quale ne fu lo scopo e la portata? quale n'è la storia? quanta influenza ha esercitato ed esercita nel campo delle servitù? Il Burzio (1) si preoccupa dell'interpretazione della *lex aedium* nel senso che, come *lex publica*, potesse importare l'obbligo delle riparazioni piuttosto al proprietario serviente che al proprietario del fondo dominante (specialmente, s'intende, di fronte alla regola generale inversa che vige per tutte le servitù). Ma è d'uopo riflettere che la *lex aedium* non era diretta già a creare un nuovo stato di fatto, bensì a riconoscere e sanzionare uno stato di fatto preesistente: *res uti nunc est, ita sit.* Si vede che un nuovo ordinamento delle *aedes* era necessario ad un certo tempo; e che questo nuovo ordinamento molte cose modificò e molte altre avrebbe potuto modificarne. Tra le varie cose, i vari rapporti edilizi avrebbe potuto modificare anche il rapporto di *paries;* talchè, per togliere a questo riguardo ogni dubbio, era bene opportuno che una disposizione espressa sanzionasse lo *statu quo.* È anche possibile che prima non vi fosse un regolamento uniforme, ma vi fossero soltanto dei rapporti speciali, individuali, isolati, che la convenzione degli interessati regolava di suo pieno arbitrio; sopraggiungesse poi quell'ordinamento e lasciasse inalterate e rispettasse le convenzioni precedenti, anche se queste avessero dovuto direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, contraddire al nuovo sistema reso per il resto uniforme. Poichè non è permesso

(1) *La « servitus oneris ferendi » ed il principio « servitus in faciendo consistere nequit »: contributo allo studio degli oneri reali;* nell'*Archivio giuridico*, 54, pag. 335.

Digitized by Google

esagerare il significato di *lex* come di patto privato; sta bene che non di rado *lex* nei testi significhi patto, ma non è detto con questo che debba sempre e necessariamente significare patto e non possa mai significare per quei prischi tempi anche disposizione obbligatoria emanata dai pubblici poteri. Dalle circostanze del fatto dipenderà poi attribuire un dato istituto giuridico detto *lex* alla categoria dei patti o alla categoria delle disposizioni legislative; e qui non si può trattare di patto, perchè sarebbe contro alla natura dei patti il prescrivere che debbano rispettare qualche patto precedente, essendo naturale e giuridicamente logico che un patto posteriore abbia a distruggere un patto anteriore. Dunque questo rispetto a patti anteriori non può essere proclamato che in una legge o disposizione del pubblico potere. Quando questo regolamento edilizio sia stato promulgato non sappiamo. Sappiamo che dopo l'incendio gallico la ricostruzione della città avvenne senza regola dapprima e per libera convenzione dei privati interessati; per la qual cosa possiamo anche supporre che a un certo punto, per evitare le disarmonie de' fabbricati o i facili attentati all'estetica, intervenisse appunto il potere pubblico a disporre per via di regolamento generale.

Se la *lex aedium* presuppone delle convenzioni relative al *paries oneri ferundo*, sembrerebbe doversene dedurre che anche per convenzione si stabilisse l'onere della *refectio parietis;* ma non è escluso che quest'onere servisse poi di modello e d'ispirazione a quella giurisprudenza che, disciplinando in forma legale la *servitus oneris ferendi*, consacrò come norma generale e invariabile quest'obbligo *refectionis*, senza pregiudicare evidentemente od impedire o divietare un patto in senso contrario. L'opinione di Servio Sulpicio non è che l'eco dei vecchi patti e la sistemazione in forma per tutti obbligatoria di ciò che poteva stabilirsi soltanto caso per caso a mezzo di una convenzione non disconosciuta dalla *lex aedium*, perchè e quando anteriore ad essa. Quanto poi alle convenzioni *oneris ferendi* relative a pareti sôrte dopo la *lex aedium*, la controversia dev'essere stata lunga e laboriosissima nella dottrina e nella giurisprudenza, appunto perchè, essendo stata ricostruita già quasi tutta la città al momento in cui essa *lex aedium* o regolamento edilizio gene-

Digitized by Google

rale sopraggiunse, si avevano due norme giuridiche opposte: una per semplice disposizione transitoria e relativa alle costruzioni anteriori alla *lex aedium;* l'altra per l'avvenire ossia per le costruzioni posteriori e che non sappiamo se e per quanto potesse contrariare il *paries oneri ferundo,* forse sostituendovi praticamente quasi sempre il muro comune (1) o altrimenti. In altri termini la disposizione transitoria regolava il maggior numero dei rapporti e la disposizione permanente o la *lex aedium* ne regolava la parte minore; la qual cosa significa che vi erano uno squilibrio e una sconcordanza le quali non potevano certamente nè agevolare la sistemazione edilizia nè dare alla città quell'aspetto simme-

(1) Ordinariamente si pone poca attenzione all'opportunità del muro comune in molti casi nei quali si potrebbe anche invocare per lo stesso scopo una *servitus oneris ferendi.* Si osservi intanto a questo riguardo che in pratica e l'appoggio e la comunione suppongono entrambi la preesistenza di un muro all'altro e una fabbrica che si eleva posteriormente ad altra fabbrica già eretta. Anche il muro comune è obbligato a sostenere l'appoggio di tutta la costruzione vicina o di quella parte della costruzione vicina, il cui peso, per regola di distribuzione meccanica, cade su di esso; e, se s'invoca la comunione del muro, non è certo per risparmiargli il peso o l'appoggio della casa secondo la distribuzione suddetta. Quindi lo scopo e la destinazione pratica del muro di medianità, o che sia comune o che sia oggetto e strumento di una servitù, sono identici; per la qual cosa l'appoggio senza immissione oggimai è inutile, dappoichè vi è la comunione coattiva del muro. In diritto romano invece comunione di muro non eravi, e però vi era servitù d'appoggio o di sopporto. Comunione di muro non vi era, forse perchè sembrava una stoltezza vedere una comunione nella parte e non nel tutto, anzi per concepirla incompatibile colla comunione del tutto. Questa forse era logica vera. Comunione è funzione di proprietà; e sembra impossibile che possa acquistarsi la comproprietà di un muro senza la comproprietà dell'edifizio tutto di cui quel muro fa parte e col quale forma un'unità indivisibile nei rapporti edilizi. In questo caso sembra quasi che abbiamo una comproprietà o comunione di un muro staccato dall'edifizio nella cui compagine è invece intimamente compenetrato; come se il muro stesso fosse isolato al momento in cui noi sopravveniamo a chiederne la comunione. Purtroppo noi ci siamo voluti in qualche luogo mettere in contrasto colle norme dell'eterna sapienza giuridica romana: e lo abbiamo voluto fare, tra gli altri pochi casi, anche in questo. Naturalmente, non potevamo che far male e dimostrare la piccolezza nostra e l'altrui di fronte alle mirabili regole di architettura giuridica che caratterizzano la legislazione e la giurisprudenza romana.

Digitized by Google

trico che si desiderava, ma che il ritardo aveva reso impossibile ed incompatibile coll'osservanza di quei criteri che per l'avvenire sembravano opportuni. E allora successe ciò che suole in casi simili, cioè la reazione della pratica contro la pessima disposizione di legge: anche gli edifizi nuovi invocano ed applicano i rapporti emananti dalle vecchie convenzioni e che ormai erano pervenuti al grado di norma giuridica consuetudinaria. L'equità pretoria (poichè assai probabilmente la *lex aedium* si deve annoverare tra le produzioni dello *ius civile*) comincia a ritenere piano piano che l'onere della *refectio parietis* incomba al proprietario serviente e la giurisprudenza stessa si avvia per questo indirizzo. Ma la disputa tra coloro che si mantengono fedeli ancora alla *lex aedium* e coloro che la ritengono caduta in desuetudine non si svolge già sul terreno dell'applicazione delle leggi in genere, nel senso che i contrari all'obbligo della *refectio parietis* addossato al proprietario serviente richiamino tenacemente la *lex aedium* e ne vogliano tener ferma l'osservanza, ma si combatte sul terreno dei principî. Si obbietta appunto che il *facere* sembra contrario all'indole delle servitù, le quali per loro natura consistono semplicemente *in patiendo;* ma ciò evidentemente non esclude che la medesima preoccupazione e ripugnanza per le *servitutes in faciendo* abbia contribuito all'emanazione della *lex aedium,* talchè risuscitando vecchi argomenti non si sia fatto altro, in sostanza, se non richiamare l'applicazione della *lex aedium* nelle sue disposizioni per i rapporti nuovi, e non nelle sue disposizioni transitorie sui rapporti antichi.

Ciò posto, la spiegazione del *modus* non ha più ragione d'essere; perciocchè il *modus* sta soltanto per ispiegare come, senza introdurre un nuovo istituto nè cambiare direttamente l'istituto vigente, per mezzo di una semplice modificazione convenzionale (*modus*) al vecchio istituto si potesse raggiungere in pratica lo stesso scopo; d'altra parte è forse abusivo tradurre in altrettanti *modi* o modalità convenzionali tutti i patti convenuti in aggiunta od applicazione di norme legislative generiche. Ma è degno di grande attenzione quanto GALLO, nella sua controversia con SERVIO (L. 6, §§ 2 e 3, Dig. 8, 5) ebbe a opporre all'opinione che addossava l'onere

Digitized by Google

della *refectio parietis* al proprietario del fondo serviente: *in omnibus servitutibus*, egli dice, *refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem adserit, non ad eum cuius res servit;* e ULPIANO riconobbe con SERVIO che *in proposita specie* si potesse adottare la risoluzione opposta, mentre LABEONE, tenendo sempre fermo anche per la *refectio parietis* il concetto della servitù reale, ammetteva *licere domino rem derelinquere.* In sostanza, il ragionamento non si riconobbe valido se non per la sola *servitus oneris ferendi;* per le altre *servitutes* restava ferma la regola generale: non perchè non fosse ammesso il patto o il *modus* per modificare la struttura e il contenuto anche delle altre servitù, ma perchè appunto si trattava d'una legge speciale relativa alla *paries oneri ferundo* e della giurisprudenza successivamente adottata in ampliamento di quella disposizione transitoria. Questa ragione transitoria e il lavorio che su di essa posteriormente la giurisprudenza fece non ricorrevano per le servitù diverse dalla *paries oneri ferundo;* ed ecco la spiegazione dell'eccezione, dal punto di vista storico e legislativo. Si comprende peraltro a tutta prima come una tale spiegazione non sia sufficiente, e la nostra mente corre subito alla spiegazione generica in confronto coll'obbiezione che la rifazione della parete spetti a colui che asserisce essere la servitù a sè dovuta (*qui sibi servitutem adserit*). Questa spiegazione costituisce una grande obbiezione, poichè si domanda in quale altro caso che non sia la *servitus oneris ferendi* noi ci troviamo in presenza di una parete da rifarsi o restaurarsi e sulla cui restaurazione o ricostruzione possa sorgere una qualsiasi controversia.

Vi è bene la servitù d'immissione della trave (*tigni immittendi*), la quale ha bisogno di una parete dove la trave si immetta: ed è indubitato che, per espressa risoluzione di ULPIANO (L. 8, § 2, Dig. 8, 5), l'obbligo della manutenzione della parete in cui la trave s'immette spetta al proprietario del fondo dominante. Correndo sulle traccie di una tale differenza, ci viene fatto di trovar la ragione della diversa risoluzione quanto all'onere della *refectio parietis?* e, ciò ch'è più, la ragione dell'eccezione per la quale è il proprietario del fondo serviente quegli che ha l'obbligo di mettere

Digitized by Google

la propria parete in grado di *ferre onus?* Una diluzione rinfrescante del principio — *nemo locupletari potest cum aliena iactura* —, in funzione di panacea universale, si è voluta applicare (1) assai inopportunamente alla *paries oneri ferundo.* Il proprietario del fondo serviente, si è detto, potrebbe tenere alla peggio la sua parete e trascurarne completamente la manutenzione, nella fiducia che il proprietario del fondo dominante vi provveda di sua iniziativa e così faccia comodo pure a lui: insomma, se così non fosse, il proprietario del fondo serviente verrebbe a scroccare la manutenzione del proprio muro col pretesto che il vicino vi esercita la servitù di appoggio. Così con molto comodo egli potrebbe concedere ad altri delle servitù di appoggio o mettersi in condizione che la legge stessa (se di servitù legale si trattasse) portasse quest'appoggio apparentemente coattivo, ma assai di buon grado sofferto: il tutto per il proprietario del fondo serviente si tradurrebbe nello scrocco della *refectio parietis* da parte e a spese del proprietario del fondo dominante.

Ma noi troviamo bene il modo di eliminare questo preteso scrocco: noi sappiamo che uno dei due, o il proprietario del fondo dominante o il proprietario del fondo serviente, comincierà per suo stesso interesse e per timore di guai peggiori col *reficere parietem* al fondo serviente. Chi di questi due proprietari crederà di essere il primo potrà rivolgersi contro l'altro, acciò concorra, nei limiti del proprio interesse, alla spesa già effettuata; e ciò mercè risarcimenti a colui ch'ebbe cura di effettuar l'opera per sopperire anzitutto alle proprie urgenze, e per tal modo provvide indirettamente anche ai bisogni altrui. Del resto, sarà quanto si vuole difficile di scindere l'interesse alla rifazione del muro che ha il proprietario del fondo serviente perchè il suo edificio non abbia a crollare, dall'interesse che vi ha il proprietario del fondo dominante perchè si renda possibile l'esercizio della propria servitù; ma difficoltà non equivale a impossibilità. Il giudice o l'arbitro *pro bono et aequo* possono benissimo tener conto di tutte le circostanze del caso e dare una solu-

(1) V. Scialoia, *Sulla « Servitus oneris ferendi »* nell'*Archivio giuridico,* xxvii.

Digitized by Google

zione equa per la distribuzione della spesa. Se invece si volesse solo per questo riflesso, che è ingiusto mettere tutta la spesa a carico del proprietario del fondo dominante, lasciarla tutta invece a carico del proprietario del fondo serviente, si arricchirebbe con iattura del proprietario del fondo serviente il proprietario del fondo dominante, per la parte delle spese che corrisponde al vantaggio della servitù e al danno che il peso materiale e meccanico del fondo dominante può aver cagionato alla solidità e durata del muro o parete che nel fondo serviente trovasi vincolata pel rapporto della servitù. Il principio invocato della *locupletatio cum aliena iactura* può dunque ritorcersi anche contro l'argomentazione che se ne vuol desumere a favore dell'onere addossato al proprietario del fondo serviente: poichè l'onere della rifazione, da questo punto di vista, quando è addossato per intiero ad uno dei due proprietari e non ripartito tra di essi, costituisce una vera ingiustizia. Abbandoniamo dunque questa spiegazione, come quella *ne urbs ruinis deformetur:* sono armi a due tagli ed è cosa ottima metterle in disparte per non esserne feriti noi stessi in atto di ferirne altrui.

Domandiamo invece ad un ingegnere, ad un costruttore che cosa ne pensi egli della differenza tra la servitù di parete onerata e la servitù di trave immessa: anche tenuto conto della minore solidità che avevano in Roma, sui primi tempi almeno, le costruzioni laterizie di fronte alle nostre attuali, per la mancanza o la poca forza del cemento per unire il materiale dei muri. L'ingegnere ci dirà che l'immissione del *tignum* in una parete non porta un semplice *requiescere* del *tignum* stesso (come volle lo SCIALOIA), benchè, una volta che per i lavori d'impianto o d'immissione il *tignum* è *requietum*, pochi più siano i pericoli del muro serviente: se pure la trave non si fradicia o altrimenti non si distrugge. Ma poichè questa distruzione della trave è più contro l'interesse del fondo dominante che non contro l'interesse del fondo serviente, noi dobbiamo logicamente supporre ch'essa trave rimanga integra per quel tempo indefinito, che corrisponderebbe alla così detta *causa perpetua* della servitù di cui trattasi.

Ci dirà però l'ingegnere che la trave non è immessa per semplice riposo, ma per distribuire od equilibrare un peso

Digitized by Google

che altrimenti sarebbe insopportabile per il fondo dominante senza il corrispondente aiuto del fondo serviente; la qual cosa cagiona che il fondo serviente per l'immissione della trave debba sostenere l'appoggio del fondo dominante, ossia un peso concentrato in un punto solo, cioè nel punto dell'immissione. Che non è il solo buco e il solo riposo della trave immessa quanto forma il contenuto della servitù; ma è anche, e non secondariamente certo, questo peso, più concentrato forse di quanto sarebbe pel contatto diretto di parete a parete in linea verticale. In entrambi i casi il fondo serviente sopporta il peso del fondo dominante, ma il peso in linea orizzontale è maggiore del peso in linea verticale di una superficie corrispondente all'apertura del foro per l'immissione: laonde non è tanto questo foro, quanto piuttosto il peso concentrato nella zona della parete sottoposta alla trave e formante il piano inferiore del foro d'immissione, che entra nel calcolo della quantità della servitù. E questo peso, appunto perchè concentrato in una piccola zona della parete serviente e concentrato inoltre anche nella parete dominante da cui la trave parte (perchè certamente la trave sarà appoggiata o immessa o sottoposta alla parte dell'edificio dominante che ha bisogno maggiore di sostegno), potrà non di rado avere una certa importanza e certe conseguenze per la solidità e per la resistenza del muro, che deve sopportare il peso e che si trova in certo modo costretto a fare così un maggior lavoro nè distribuito nè equilibrato per tutta la sua estensione.

Dal punto d'appoggio della trave poi nel fondo serviente la ripercussione dell'onere, con forza d'intensità sempre minore, viene diffondendosi per la zona adiacente, anzi sottostante, fino a che si spegne: la qual cosa fa sì che il muro in quei punti sia costretto ad una maggior resistenza che non altrove, lo permetta o no la solidità di esso. Questa zona di ripercussione del punto d'appoggio rientra nel dominio della servitù, direttamente; ma non cessa per questo dalle sue funzioni in riguardo al fondo al quale appartiene per incorporazione e del quale fa parte essenziale. La parte restante del muro, eliminata questa che noi potremo chiamare *zona d'appoggio,* in tanto è rilevante per l'esercizio della servitù, in quanto senza di essa non potrebbe neppure

Digitized by Google

esistere la zona stessa; ma, all'infuori di ciò, è come non esistesse per l'esercizio della servitù. Infatti, se invece del muro o parete, noi supponiamo una colonna vicina al fondo dominante, su quella colonna potrà naturalmente esser fatta appoggiare la trave come potrebbe farsi appoggiare in un muro e su quella colonna stessa potrebbe effettuarsi l'*immissum* colla relativa perforazione laterizia. Per la qual cosa anche del muro potrebbe immaginarsi una zona verticale sottoposta al punto d'immissione della trave, come indispensabile al sostegno della zona su cui si ripartisce il maggiore onere causato dall'appoggio e come rientrante in seconda linea nella sfera del rapporto di servitù, qualora praticamente potesse sussistere senza il sussidio di una distribuzione laterale per tutto il muro dell'onere d'appoggio, e qualora le varie parti laterali direttamente impegnate in tale ripercussione d'appoggio, a loro volta non abbisognino di altre parti di parete fino al piede inferiore, ai punti estremi laterali e al contatto superiore col tetto. In altri termini, la necessaria solidità del muro, quale è richiesta per l'esercizio del diritto di servitù e che del muro anzitutto suppose l'esistenza come di un tutto inscindibile e completo in sè, per gran parte è quanto ci vuole anche per l'esistenza del muro allo scopo di formare l'edifizio serviente e di entrare in funzione delle forze statiche occorrenti alla formazione e alla conservazione di quel muro.

La *refectio parietis* interessa dunque e il fondo dominante e il fondo serviente: ma, per ragione di contenuto unitario, e cioè appunto perchè il muro forma parte indivisa e indivisibile di quel corpo unico che chiamasi il fondo serviente, la sua esistenza interessa prima di tutto quel fondo, il quale senza di esso non esisterebbe nella sua integrità e nella sua destinazione. A questo aggiungasi che non v'è calcolo matematico sufficiente a determinare il quantitativo d'interesse che il fondo dominante ha per l'integrità del fondo serviente, nè tampoco il modo di ripartizione diretta o indiretta per tutta la parete del peso che la trave immessa cagiona nel muro in cui l'immissione avviene: la distribuzione dell'*onus* è, può dirsi quasi, un segreto della natura, appunto perchè sfugge ad ogni preciso esame. E, siccome la disciplina giu-

Digitized by Google

ridica è di sua natura eminentemente pratica, si è trovato conveniente sotto ogni aspetto di lasciare il còmpito di determinare il corrispettivo di quest'onere subìto dal fondo serviente, al contratto costitutivo della servitù: poichè una tale servitù, di regola, deriva dalla convenzione e non dalla legge; mentre la comunione del muro, derivando dalla legge, trova in questa le sue norme costitutive e il regolamento del riparto degli oneri pecuniari per la manutenzione. È dunque del tutto inesatto parlare di onere reale come inerente all'obbligo delle riparazioni addossato al proprietario del fondo serviente: coloro che trasformano in tal senso la questione sono del tutto fuori di strada e non comprendono l'origine e la ragione della *refectio parietis* addossata al proprietario del fondo, cui, se non altro, quella parete appartiene *iure proprietatis* ch'è prevalente sullo *ius servitutis*, grazie alla definizione posta a base del presente trattato. È anche un'opinione del tutto fantastica l'immaginare nella *refectio parietis* un' *obligatio propter rem*, che ha una causa immediata nella cosa stessa e sorge *ratione rei*.

Qui non vi è obbligazione alcuna. È il proprietario che ha interesse a mantenere in piedi il suo muro e a dargli quelle maggiori condizioni di resistenza, che esige l'onere al quale esso muro è sottoposto, come qualunque altro proprietario che non avesse da sopportare onere alcuno di servitù: ripetiamo, quel tanto di vantaggio che da questa *refectio* risente il proprietario del fondo dominante, per la possibilità dell'esercizio della servitù, la quale altrimenti resterebbe inoperosa, può benissimo essere compensato dal corrispettivo della servitù, che vuol essere soprattutto appunto ragguagliato sui pesi che l'appoggio della trave cagiona nel fondo serviente, in aggiunta o in aggravamento dei pesi ordinari che incombono al proprietario e che preesistevano, anche per ragione di tempo alla costituzione della *servitus oneris ferendi*.

Purtroppo la critica moderna ha corso lungamente dietro all'onere reale della *refectio parietis* nella servitù *oneris ferendi*, come il fanciullo corre dietro alla farfalla nel prato: senonchè ebbe sempre dinanzi a sè un'ombra e niente più che un'ombra, grazie alla quale fantasticava le più brillanti costruzioni come appunto le leggende costruirono sempre dei

Digitized by Google

fantasmi, o storie ingegnose per quanto immaginarie (1). Che del resto le fonti romane, nella loro abituale tendenza a colpire sempre il lato più caratteristico dei rapporti giuridici, non abbiano fatto richiamo a quest'obbligo del proprietario, persistente anche dopo e malgrado l'imposizione della servitù *oneris ferendi* (quest'osservazione ci saremmo potuti ripromettere da SERVIO SULPICIO per la testimonianza del fr. 6, §§ 2 e 3, Dig. 8 e 5); ma si può rispondere che la cosa era già tanto evidente, da non richiedere un'apposita discussione e che d'altronde non era concepibile una convenzione apposita su questo terreno tra i proprietari dei due fondi, dal momento che, provvedendo allo scopo la ragion di proprietà, la convenzione stessa sarebbe rimasta senza causa. Quindi ciò che dice GALLO, *non posse ita servitutem imponi ut*, ecc., considerato come relativo alla convenzione in forza della quale la servitù si ritiene costituita e come conseguenza del principio generale *in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui servitutem sibi asserit*, ecc., non contrasta coll'opinione di SERVIO, *ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*. Quest'azione *ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem*, per quanto si consideri come azione confessoria (poichè altra non potrebbe essere), tuttavia non esclude la prevalenza dell'*onus refectionis* che incombe al proprietario del fondo serviente *iure proprietatis* e non *iure servi-*

(1) Il PERNICE (*M. Antistius Labeo*, I, 479), riferendosi alla *lex aedium* come a forma della *lex rei suae dicta*, ritiene convenzionale l'obbligo derivante dal rapporto di servitù in ordine alla *refectio parietis* ed esclude che debba ritenersi come appendice della prestazione reale: ma (*Parerga*, p. 97) dice pure che l'istituto dell'oneramento dei fondi appartiene al diritto pubblico e non al privato, in origine, e che nel diritto privato la scienza l'ha rimesso a nuovo solo per le istituzioni alimentarie e per l'enfiteusi, e si rassegna a concepire nell'epoca repubblicana non antigiuridici questi oneri per mezzo di *lex rei suae dicta* e pur senza che la dottrina possa spiegare questi oneri che essa lascia nondimeno sussistere. Il diritto posteriore avrebbe su questo terreno negato efficacia alla *lex rei suae dicta:* ma intanto il PERNICE non prova nè che la *lex aedium* fosse un patto anzichè una legge di diritto pubblico, nè che la giurisprudenza fosse riuscita ad inaugurare un sistema edilizio completamente diverso dall'antico.

Digitized by Google

tutis. Vuol dire che la relativa azione confessoria data al proprietario del fondo dominante non serviva che come di stimolo al proprietario del fondo serviente per accelerare quei lavori, ai quali il suo stesso interesse diretto lo persuadeva; e, poichè implica necessariamente la pretesa che l'avversario riconosca la propria affermazione del diritto di servitù attiva, questo aspetto della domanda comprende in sè anche la vera e propria domanda concreta della *refectio parietis* che di quella affermazione è la conseguenza. Ma, siccome il petitorio, dovunque entri, ha logicamente la prevalenza, ne deriva che l'azione per la *refectio parietis* metta allo scoperto ben naturalmente e bene evidentemente il petitorio, ossia l'affermazione del diritto alla servitù; la quale affermazione, preso il sopravvento, assorbisce tutto quanto l'istituto e se lo appropria. La *refectio parietis*, ciò malgrado, resta sempre onere della proprietà: e di questo onere il titolare della servitù, colla sua azione confessoria non fa che accelerare la esecuzione, pur senza aggiungere alcun aggravio a quello che il proprietario avrebbe all'infuori di ogni servitù, se non forse per quanto attiene ad una maggiore consistenza o robustezza del muro per ragione dell'appoggio e dell'immissione che deve sopportare.

Ma lo stesso *licere domino rem derelinquere*, che non è se non un attributo diretto della proprietà, dovendosi ritenere conservato anche nel caso che il titolare della servitù chiegga la *refectio* della parete onerata (L. 6, § 2, Dig. 8, 5), prova che l'onere della refezione resta sempre un onere *proprietatis causa;* poichè, se fosse onere *servitutis causa*, non vi sarebbe modo di mettere nel nulla il diritto altrui, cagionando per propria incuria il perimento della parete serviente. Questa condotta sarebbe in un modo o nell'altro combattuta come antigiuridica dalle azioni di servitù, e, anche varcando l'ostacolo della regola: — *servitus in faciendo consistere nequit* —, nulla impedirebbe che il titolare della servitù, nei casi più urgenti, pensasse egli direttamente alla *refectio parietis*, facendosi dal proprietario recalcitrante del fondo serviente rimborsare e spese e danni; qualora a questa esecuzione forzata egli, proprietario del fondo dominante, fosse per ministero di giudice autorizzato.

Digitized by Google

Dunque la forma dell'azione, e anzi l'esistenza stessa di un'azione a favore del proprietario del fondo dominante, non osta seriamente a che la *refectio parietis* sia considerata come richiesta *iure proprietatis*. In tutti i diritti, ed anche nel romano, la procedura ha una parte creatrice delle trasformazioni e degli adattamenti, e fin dalle prime manifestazioni formali delle figure giuridiche primitive, si ha una parte pedissequa e conseguenziale di tali trasformazioni e di tali adattamenti spontaneamente prodottisi, ed una parte del tutto indipendente da ogni contenuto sostanziale di diritti. Questa parte indipendente della procedura dal diritto sorge per la diversità degli scopi e per l'incrociamento necessario delle parti in giudizio: per la qual cosa o alle azioni dirette si aggiungono e si contrappongono le azioni contrarie, quando il rapporto giuridico per cui le une e le altre servir debbono è della stessa natura: oppure l'attore, con un processo pratico che è sopra tutto delineato dalle regole di economia nell'esplicazione dei diritti e delle pretese relative, converte in proprio vantaggio ciò che non sarebbe se non *in facultate* dell'altro e che l'altro nell'esercizio normale del suo diritto di proprietà per certo attuerebbe. Il rapporto di servitù appunto fa sì che la *facultas* del proprietario del fondo serviente si converta in obbligo, sol perchè v'è di mezzo la servitù, e il proprietario non può renderla vana anche prorogandone soltanto l'esercizio, a mezzo di tergiversazioni: l'azione poi seconda questa posizione e toglie al proprietario la scelta tra il fare e il non fare, tra il sollecitare e il tardare la *refectio*, a meno che non preferisca *rem derelinquere*, anche in tal caso come sempre, *iure proprietatis*. Il proprietario invece, a meno che non urti contro le disposizioni relative alla sicurezza dell'abitato (cioè non abbandonare l'abitazione di quella casa e provvedere perchè nessuno vi si approssimi a portata di una eventuale diruzione), può tener la casa e i muri pericolanti quanto vuole, non avendo nessuno a pretendere alcun diritto reale sulla sua casa. Ma, quando comincia col diritto reale l'interesse di terzi, senz'altro allora una tale facoltà di libera manutenzione cessa e subentra il *vinculum iuris:* con questo che, nei casi in cui la manutenzione del fondo serviente in armonia colla sua destinazione e coll'esercizio della servitù

Digitized by Google

sia insufficiente all'esplicazione della servitù come di un diritto reale in genere, il titolare di quel diritto o di questa servitù abbia bensì ragione di pretendere una manutenzione rispondente all'esercizio del suo diritto, ma debba farla a sue spese, siccome quella che per l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo serviente non presenta utilità alcuna. Quì il *pati* è possibile in tutta l'estensione del termine; dove non è possibile per l'esercizio della servitù, è segno che nel rapporto determinato di cui si tratta (come nella *refectio parietis* per la *servitus oneris ferendi*) entra in giuoco anche (e principalmente per conseguenza) il rapporto di proprietà.

29. Ma con tutto questo ragionamento non siamo ancora riusciti a colpire la differenza che nel diritto romano, a proposito della disciplina dell'*onus reficiendi parietem*, esisteva tra la servitù *ligni immittendi* e quella *oneris ferendi:* come fu da ULPIANO determinata in uno stesso libro dei suoi commenti edittali, per l'una e per l'altra servitù. Vi è un fatto, ed è che la servitù d'immissione non interessa, neppure per via di ripercussione, tutta la parete sulla quale la trave si immette, ma solo una parte di essa. Quindi, se il proprietario del fondo serviente fosse obbligato alla *refectio parietis*, un tale obbligo non potrebbe oltrepassare la zona di oneramento e quella di ripercussione dell'oneramento: il resto della parete troverebbesi necessariamente fuori del raggio della servitù e sarebbe del tutto estraneo a qualsiasi obbligo di rifazione che si volesse addossare al proprietario del fondo serviente. Nè è a dire che la zona estranea al raggio della servitù si presti, per ragioni d'equilibrio, ad una specie di ammortizzazione della diffusione dell'onere procedente in senso obliquo dal punto d'immissione: perchè, anche se ciò accadesse, si tratterebbe d'una funzione secondaria superflua, e non essenziale, del muro serviente, oltre la zona di oneramento o di supporto (1). Or dunque, anche a volere adottare una riso-

(1) La dimostrazione grafica della zona di supporto e della zona neutra o indifferente, pur contenuta nella medesima parete, sarà fatta nella parte speciale, allorchè si terrà proposito delle servitù di contatto per sostegno d'immissione: altrimenti converrebbe a questo luogo anticipare tutta quanta la parte speciale a questo riguardo.

Digitized by Google

luzione sfavorevole al proprietario del fondo serviente, e cioè anche volendo addossare a costui la refezione della parete serviente, egli non potrebbe essere tenuto al di là della zona massima di oneramento per supporto, e, per ragioni di equità, potrebbe anche essere autorizzato a ridurre la zona dell'oneramento o supporto ai minimi termini necessari per la solidità e la durata dell'immesso, vale a dire ad una zona corrispondente alla verticale abbassata dall'estremità imprigionata della trave per cui mezzo si costituì l'immissione e la conseguente servitù, o forse a poca obliquazione laterale su questa verticale sottoposta alla trave.

Allora vi sarebbe il tratto rimanente in cui egli potrebbe valersi delle sue facoltà di proprietario, per rifare o no la parete; salve le prescrizioni della sicurezza e dell'ornato, emanate dalla pubblica Autorità. Or dunque un eventuale dovere di serviente non collimerebbe qui completamente coll'interesse di proprietario; mentre nella *servitus oneris ferendi* uno stesso effetto sorge dall'interesse del proprietario e dal dovere del serviente.

Nel nostro caso l'interesse del proprietario si estenderebbe a tutta la parete, e l'obbligo del serviente alla rifazione solo della zona di oneramento o di supporto, verticale con poca obliquazione sulla zona d'immissione. Notisi intanto che questa zona d'immissione, aggiuntavi anche la zona d'obliquazione necessaria alla solidità della parete onerata, nei casi ordinari non rappresentano che una menoma parte di tutto l'insieme della parete stessa; per la qual cosa, consultando le ragioni di economia giuridica che sciolgono il quesito dell'iniziativa di lavori totalmente o parzialmente riguardanti l'interesse comune, salvo il rimborso dell'uno o dei più cointeressati, si trova opportuno che il proprietario dominante si accomodi quella piccola parte di parete che a lui serve e che il proprietario del fondo serviente, se badasse al suo solo interesse, potrebbe accomodare in modo assai meno costoso di quanto può occorrere alla servitù del supporto e all'esercizio dell'immissione. Aggiungasi inoltre che nei casi normali d'*immissio tigni*, la forza di sostegno della parete onerata non rappresenta che una semplice forza d'inerzia oltre quanto occorre per l'edifizio al quale essa è incorporata per ragione

Digitized by Google

di proprietà: e ordinariamente non si tratta che di appoggio derivante da trave che comunica al fondo serviente l'onere per gravitazione laterale e non sovrastante.

I cavalcavia abitualmente si fanno oggidì a volta e non a trave e quindi nella più parte dei casi o non vi è che semplice appoggio, o, se vi è qualche immissione, questa trovasi smorzata dall'equilibrio stesso della costruzione a cavalcavia in forma arcuata. In parecchi di questi casi l'immissione non attraversa il muro longitudinalmente, ma vi entra per largo, nella semplice ampiezza dello spessore, ossia, incirca, per non più di un mezzo metro; talchè, se il materiale del muro non è di un'eccezionale fragilità che lo renda inetto anche alle funzioni di sostegno dell'insieme laterizio al quale per ragion di fabbrica appartiene, esso non avrà un aggravio sensibile per l'innesto di questa trave di sostegno a pro del fondo vicino. Occupandosi dunque *de eo quod plerumque fit* e ordinando questi rapporti nel miglior modo comportabile coll'economia delle costruzioni e delle riparazioni (salvi i debiti risarcimenti di quello dei due che vantaggiasse per la riparazione di fronte a colui che della riparazione stessa ha l'iniziativa, ossia del proprietario del fondo serviente verso il proprietario del fondo dominante), il legislatore ha creduto bene ed opportunamente disporre che il forame per l'immissione, quantunque non possa ritenersi forame di semplice requiescenza della trave immessa, sia addossato al proprietario del fondo dominante, con tutte le opere, accessorie o principali, di sicurezza o di complemento (incatenamenti, compressioni contrapposte della parete, chiavi, capichiavi, bolzoni, come nel caso di muro comune per l'art. 552 Codice civile), e possa essere fatto e mantenuto da esso proprietario dominante senza soverchio incomodo e senza pregiudizio sostanziale del fondo serviente.

Torniamo invece all'ipotesi della servitù di onere per semplice contatto (*servitus oneris ferendi*). Se la parete serviente si guasta sia per effetto del peso, sia per altra ragione, abbiamo quasi sempre delle lesioni più vaste e più diffuse che interessano l'integrità di tutta quanta la parete e il cui rimedio non è solo il rimedio per l'esercizio della servitù attiva del fondo dominante, ma è anche rimedio essenziale per la pro-

Digitized by Google

prietà del fondo serviente e per l'esercizio di essa. Insomma nella *servitus oneris* le lesioni sono più vaste e più pericolose per tutta la parete e per tutto il fondo serviente: del che potremo persuaderci solo riflettendo come non di rado una parete, che su tutta l'estensione della sua superficie soffre l'appoggio di un edificio vicino, sia soggetta a degli avvallamenti e delle curve regolarmente diffuse, a quell'inconveniente che ordinariamente si chiama *pancia* e che termina col rovinìo non pure di una parte del muro, ma di tutto quanto il muro stesso e di ciò che dal muro stesso è sostenuto, delle altre pareti che vi fanno capo (se trattasi, come di solito, di muro maestro), e dei piani che vi riposano. Insomma, in parte almeno, è la lesione sostanziale dell'ossatura della casa serviente la conseguenza del guasto della parete d'onere, ossia di quella parte della parete che deve sostenere un appoggio a semplice contatto, ma distribuito su tutta la parete o su buona parte di essa: e questo fatto interessa, più che il dominante, il proprietario del fondo serviente.

30. Sull'onere *in faciendo* addossato al proprietario del fondo serviente si ha ancora la l. 19, § 1, Dig. 7, 1. Se il proprietario di un fondo gravato di usufrutto o del passaggio verso altri non provvede a sbarazzare il fondo stesso dagli alberi caduti per forza di vento (per la qual cosa l'usufrutto o il passaggio diviene più incomodo), l'usufruttuario può esercitare le azioni proprie contro il gravato della servitù. Da questo frammento si deduce per conseguenza legittima che dunque il proprietario del fondo serviente ha l'obbligo di *tollere arborem;* e secondo la Glossa, ch'egli ha pur facoltà di abbandonare il fondo stesso quante volte non voglia *tollere arborem*, analogamente a quanto è disposto nella l. 2, § 40, Dig. 43, 8. Infatti in questo testo ULPIANO dice che, se dal fondo di un privato è caduto un albero nella pubblica via in modo da recare impedimento al transito e il privato ha lasciato l'albero stesso in abbandono, secondo Labeone il privato non è tenuto a nulla: che se l'attore è disposto a far rimuovere l'albero a proprie spese, egli può agire coll'interdetto *de via publica reficienda*, del quale può servirsi nel caso che l'altra parte non abbia lasciato l'albero *pro derelicto*. Questo fram-

Digitized by Google

mento, che, malgrado i suoi *si tamen, sed si,* non è stato ancora accusato di contenere interpolazioni, non è certamente molto chiaro; ma parla senza dubbio di onere *arboris sua impensa tollendae,* qualora il proprietario dell'albero caduto non intenda rinunziarne alla proprietà. Invero, quanto è detto nel titolo che trasse dall'interdetto pretorio — *ne quid in loco publico vel itinere fiat* — non può applicarsi al caso preciso delle servitù, perchè ivi non si tratta nè implicitamente nè esplicitamente di servitù: solo può entrare come elemento per la restituzione d'una teoria generale della *derelictio* o del *pro derelicto,* in quanto il fatto dell'abbandono può esentare o dall'onere *reficiendi* o dall'onere *tollendi* e via dicendo. Forse a questa teoria generale ha voluto accennare la Glossa, richiamando per analogia l'interdetto sul luogo pubblico, per cui tuttavia l'albero diviene *nullius* per riguardo al luogo pubblico dove è caduto e al danno cagionato al pubblico.

Nonostante le costruzioni lambiccate e complicate messe avanti da questo e da quello e l'amor della novità che anche in questa materia tende a farsi strada, ogni tanto torna a far capolino a questo proposito l'antica teoria dell'*obligatio propter rem,* appunto giustificata e spiegata dall'abbandono, come unico mezzo per sottrarsi all'obbligazione stessa. A noi questa spiegazione non ripugna affatto; soltanto non ci sembra sufficiente a dar la misura giuridica esatta dell'obbligo *reficiendi* o *tollendi* e così via: perchè sta bene che queste obbligazioni abbiano luogo *propter rem,* nel senso che in difetto della cosa non potrebbero sorgere, ma resta sempre a vedersi quale sia stata la ragione determinante l'addossamento di un tale onere alla cosa, anzichè alla persona sotto forma di obbligazione personale ordinaria. Che se *obligatio propter rem* può conciliarsi coll'*obligatio ad personam* pura, allora la causale *propter rem* sembra vieppiù inutile, poichè non è alla causa che qui si guarda, ma al funzionamento del rapporto giuridico, vale a dire all'intensità colla quale esso investe la cosa indipendentemente dalla persona del proprietario di quella: epperò si tratta di trovare in questa persistenza indeterminata del rapporto sulla cosa (che risponderebbe alla cosiddetta *perpetua causa*) almeno una spiegazione minima

Digitized by Google

o tenuissima, che possa bensì riguardare il proprietario della cosa, ma non Tizio o Caio proprietario della cosa stessa in un dato momento o periodo cronologico.

Per esimersi dal considerare la questione su questo terreno non basta neppure richiamare la *noxae deditio*, poichè questo istituto della *noxae datio* o *deditio* si applicava alle persone, ossia agli esseri dotati di volontà, uomini o bestie, che avessero causato un danno, per cui il proprietario o l'esercente potestà patria non avesse inteso di assumere una responsabilità personale diretta col resto del suo patrimonio. Evidentemente quì si trattava di un caso speciale: il padre o il proprietario poteva vendere la bestia, lo schiavo, il figlio, e questi per tal riguardo potevano dunque considerarsi come facienti parte del suo patrimonio; ma conveniva riflettere che il danno non era stato, per il fatto del servo, del figlio, della bestia, cagionato dalla volontà unica nè diretta sempre, del padre o del proprietario.

Avuto quindi riguardo all'elemento della volontarietà, in diritto il nostro caso non poteva del tutto parificarsi al danneggiamento diretto fatto al terzo dal proprietario o dal padre: c'era di mezzo un' altra volontà, e di questa doveva tenersi conto. E come da ogni atto esterno di volontà sorge un elemento di responsabilità per l'agente che quella volontà tradusse ne' fatti, così questa responsabilità si convertiva nella cessione della persona del responsabile, il quale si aggiustava poi come poteva o credeva meglio col creditore del risarcimento, se uomo, e, se bestia da lavoro, poteva col lavoro proprio dare ad esso danneggiato anche dei lucri superiori al danno prodottogli; oppure, se bestia da ingrasso, offrirgli colle proprie carni a suo tempo macellate un compenso qualsiasi, superiore o inferiore al danno stesso.

Sembrerà strana questa soluzione quanto alle bestie, e non si comprenderà forse di leggieri come il proprietario potesse esimersi dal dovere di risarcire il danno egli direttamente, lasciando che il danneggiato si appropriasse della bestia danneggiatrice, il cui valore avrebbe potuto essere così maggiore come minore dell'entità del danno. La bestia non potrebbe volontariamente cagionare che una *pauperies*, vale a dire un *damnum sine iniuria* (L. 1, § 3, Dig. 9, 1);

Digitized by Google

poichè, se il *damnum* contenesse un' *iniuria*, ossia se non si fosse nel caso della *pauperies*, l'*iniuria* dovrebbe addebitarsi al padrone della bestia, dal momento che questa non ne sarebbe capace. Ma, se *iniuria* non v'ha (e questo è il caso della *pauperies*), ne segue che, nessuno avendo nel fatto l'intenzione di violare il diritto altrui, il danno resterebbe senza risarcimento di sorta senza l'istituto della *noxae deditio:* dal momento che tra il risarcimento del *damnum iniuria datum* e la *noxae deditio* non vi sarebbe altra via da scegliere per compensare il danneggiato.

Ciò posto, l'analogia tra l'obbligazione *propter rem* e la *noxae deditio* non regge; per quanto è vero che quest'ultimo istituto, prima del danneggiamento, non presuppone l'esistenza di alcun rapporto giuridico tra il *dominus* o il *pater* del danneggiante e il danneggiato. Qualsiasi rapporto tra le due parti è completamente nuovo e sorge allora allora senza addentellato alcuno ad alcun diritto precedente, che quello non sia del proprietario o possessore danneggiato, di non ricevere danno di sorta per fatto altrui; un diritto dunque tanto generico, da non pregiudicare punto la questione nella sua soluzione tecnica. Per contrario nel caso del *tollere arborem* o del *reficere parietem* preesiste o il rapporto di servitù o quel rapporto di vicinanza che neppure è punto indispensabile nella *pauperies*, data la possibilità che un animale scorrazzi per vasta zona di territorio, sorpassando anche dei terreni interposti. Molto più dicasi nell'ipotesi del servo o del *filius familias:* nessun rapporto, all'infuori del danneggiamento, li vincola o li vincolava prima che il danneggiamento avvenisse, al danneggiato stesso; e nessun rapporto li vincolerà a quello in seguito, all'infuori dell'obbligo di compensare il danno prodotto e di compensarlo colla propria *noxa*, che può anche tradursi come il *nexum* in una prestazione di opere personali fino all'effettuazione del riscatto. Quando invece al danneggiamento preesiste il rapporto di servitù o di vicinanza, il danneggiamento stesso non può regolarsi indipendentemente dalla restaurazione del violato rapporto giuridico di servitù o di vicinanza, nè questo rapporto giuridico, ch'è sostanziale ed appunto preesistente, può lasciarsi in seconda linea di fronte al nuovo rapporto che

Digitized by Google

sorge da una serie di fatti, i quali senza la preesistenza e la perduranza dei rapporti di servitù o di vicinanza non avrebbero se non un significato generico e nessuna ombra di significato specifico, caratteristico.

Anche nella *cautio damni infecti* si tratta di abbandono della cosa, poichè ULPIANO, ne' suoi commenti edittali (L. 4, § 1, Dig. 39, 2), minaccia la *missio in possessionem eius rei vel partis rei*, da cui deriva il pericolo del danno, quando il proprietario *intra diem a Praetore constituendum non caveatur*. Di fronte all'alternativa, o dar cauzione o lasciare il possesso della cosa all'attore *damni infecti*, non può negarsi che la posizione giuridica del convenuto si traduca nella scelta tra il dar la prescritta cauzione e l'abbandonare la cosa o la parte della cosa da cui deriva il pericolo: dato che la causa del pericolo persista sempre com'era prima al momento della pronunzia del giudice o magistrato municipale a ciò delegato. ULPIANO ne' suoi commenti edittali (L. 7, §§ 1 e 2, Dig. 39, 2) pensò ad una costruzione teorica dell'abbandono nel caso che non si voglia fornire la *cautio damni infecti:* egli dice che, mentre gli animali nostri che recarono un danno ad altri, non producono in noi obbligazione che oltrepassi la *noxae datio* di essi, molto più le cose inanimate debbano intendersi impegnarci entro lo stesso limite, specialmente quando gli animali che recarono un danno vivono ancora e le cose per danneggiare altrui debbono cessare di esistere. Dal quale argomento, egli aggiunge, si deduce che, diroccando le case prima della *cautio damni infecti*, se il padrone le abbandona, non vi è azione alcuna da esercitare contro di lui, purchè però *habeat pro derelicto totas aedes*. Or l'abbandono della cosa anche in questa ipotesi della *missio in possessionem* è *in facultate* dell'obbligato a rimuovere il pericolo, il quale può scegliere tra la prestazione della *cautio* e la *derelictio rei:* per la qual cosa siamo nella stessa ipotesi della *noxae deditio*. Senonchè nel nostro caso la posizione giuridica si aggrava: non è più la volontarietà dell'atto, da cui l'obbligazione sorge, la causa di un trattamento speciale, per cui non sia lecito di addebitare al proprietario dell'animale e dello schiavo o al padre del figlio di famiglia le conseguenze di fatti che non derivano da volontà

Digitized by Google

loro ma sibbene dalla volontà di coloro sui quali è rivolto il loro dominio o la potestà loro. Qui si tratta di caduta delle *aedes* o di parte di esse *aedes*, dovuta non a causa fortuita, ma presumibilmente, o almeno non di rado, imputabile alla trascuranza del padrone delle *aedes* medesime; e però potrebbe sembrare opportuno e logico di ritenere in tal caso il *dominus* direttamente, personalmente e patrimonialmente responsabile del danno cagionato, come se egli stesso avesse avuto intenzione di cagionarlo. Senonchè, finchè ci troviamo di fronte alla misura precauzionale della *cautio damni infecti*, non si può ancora parlare di danno avveratosi per colpa del proprietario; talchè bisogna venire al regolamento del pericolo analogamente al regolamento del danno, e dire che, se pericolo si avvera e se contro questo pericolo è d'uopo prendere delle precauzioni, tali precauzioni possono aver pure un certo rapporto colla volontà colposa del proprietario che lascia sussistere il pericolo della caduta delle sue case. E sta bene che la *derelictio aedium* non sia un provvedimento di cautela come la *cautio damni infecti*, ma ne comprende perchè ne oltrepassa lo scopo; e per tal ragione, dato che il proprietario delle case da cui sorge il pericolo, o per il poco valore di quelle o per altra ragione a lui particolare, non creda di accomodarle in modo da toglierne il pericolo e preferisca di abbandonarle (talchè in effetto vadano a cadere nel dominio del vicino), non vi è ragione giuridica per impedire a lui di attenersi a questa soluzione che non viola alcuna legge o alcun principio generale di diritto. Ma del resto questa soluzione, che può trovarsi comoda per le catapecchie e i poveri abituri dei villaggi di campagna, non toglie punto che si tratti anche qui di obbligazione personale, cioè veramente incontrata dalla persona del proprietario della casa pericolante e di cui questi risponde col suo patrimonio, all'infuori della facoltà eccezionale dell'abbandono a lui accordata per ragioni tutto speciali, diremo così, di equità economica in vista delle sue probabili condizioni di miseria.

Il diritto di abbandono è consacrato anche per l'usufrutto dalla l. 64, Dig. 7, 1: se l'usufruttuario è disposto a *derelinquere usumfructum* nei casi in cui incombe all'usufruttuario l'onere del *reficere domum*, non deve essere obbligato

Digitized by Google

a *reficere domum* contro la sua volontà; ma egli deve essere assolto dal giudice dopo introdotto il giudizio contro di lui, qualora veramente sia disposto ad abbandonare l'usufrutto. Quì dunque anche l'usufruttuario ha la scelta tra il *reficere domum* e il *derelinquere usumfructum:* ma anche quì quali sono le ragioni che consigliano un tal diritto di scelta? Forsechè è utile, è pratico trarre in campo il concetto di *obligatio propter rem*, quando si sa che anche queste obbligazioni hanno come le altre obbligazioni tutte la loro base nell'impegno personale del debitore con tutto il patrimonio posto a sua disposizione? Non si avrebbe con ciò nulla di decisivo e di veramente concludente a dare una spiegazione giuridica sufficiente per la costruzione dell'istituto: dunque anche in questo caso dobbiamo riscontrare quelle ragioni di equità economica che ci fu dato constatare nell'ipotesi precedente. L'usufruttuario potrebbe alle volte trovare più conveniente per i suoi interessi di rinunziare all'usufrutto, piuttostochè fare le riparazioni per lui gravose, che la legge o il contratto a lui usufruttuario addossa. E questa funzione economica dell'abbandono volontario può anch'essa essere di grande utilità per le catapecchie, il cui valore diminuisce sempre più e per le quali si rende sempre più dispendiosa la manutenzione; fino al punto che non di rado torna meglio rinunziare all'usufrutto, anzichè fare le riparazioni di cui si tratta e che assorbirebbero magari l'utilità di qualche annata dell'usufrutto stesso. Ma nella legge successiva Pomponio toglie la *facultas derelinquendi* di fronte alla *coactio domus reficiendae* (per cui può esser data azione al proprietario del fondo gravato della prestazione dell'usufrutto), allorquando l'usufruttuario stesso abbia deteriorato il fondo per fatto suo o dei suoi dipendenti, oppure non abbia usato nell'usufruire la diligenza del buon padre di famiglia. Spesso infatti la trascuranza potrebbe esser diretta allo scopo di prepararsi la facoltà dell'abbandono, se per una ragione qualsiasi la casa o il fondo in genere non si potesse abbandonare anche all'infuori e senza che vi desse occasione alcun giudizio *domus reficiendae* intentato contro l'usufruttuario stesso da chi può avervi interesse; e, per lo meno, a prescindere da una preparazione o premeditazione rivolta allo scopo dell'abbandono, l'usufrut-

Digitized by Google

tuario dovrebbe sempre ad ogni modo rimproverarsi di negligenza de' suoi doveri giuridici e perciò non potrebbe invocare un beneficio di equità, concesso solo a quelli che sono in regola colla legge.

Tutte queste considerazioni sullo *ius* o *facultas derelinquendi* di fronte all'obbligo *arboris sua impensa tollendae, cautionis damni infecti prestandae, domus reficiendae* e sullo *ius* o *facultas noxae dandae* di fronte all'obbligo *damni solvendi* o *pauperiei sarciendae* (l'espressione non è delle fonti e solo si adopera qui per ragion di comodo), stanno a dimostrare che l'*obligatio propter rem* non spiega nulla, nè basta a costruire il rapporto giuridico alternativo colla relativa facoltà di scelta. E che questo concetto non basti a riguardo dell'*onus reficiendae parietis* nella *servitus oneris ferendi* e in confronto della *facultas derelinquendi* si è già dimostrato: giova tuttavia unificare da questi vari casi la struttura dell'istituto rispondente alla *facultas rei derelinquendae* per cavarne fuori un concetto unico, dal quale risulti in perfetta luce quale sia stata e quale possa essere l'indole di un siffatto istituto. È forse una conseguenza del principio che *servitus in faciendo consistere nequit?* Il dilemma — o fare o abbandonare — dal punto di vista giuridico non è omaggio al diritto di proprietà del *dominus* del fondo serviente, il quale tra il fare e il non fare sulla cosa propria non deve trovare impedimento alcuno alla scelta, generalmente: poichè nell'attenersi all'una anzichè all'altra linea di condotta (positiva o negativa) non deve avere altra guida all'infuori del proprio beneplacito e altra remora oltre i regolamenti della proprietà stabiliti nel pubblico interesse. Se dunque si viene al punto di costringere il proprietario del fondo serviente o a non essere più proprietario o a fare ciò che egli non vuol fare, implicitamente si viene a coartarne la volontà perchè resti proprietario: in altri termini gli si fa questione di esistenza per costringerlo a fare, ritenendo che *servitus in faciendo consistere debeat* ad ogni costo. Se si voleva dare un riconoscimento pieno, aperto alla massima *servitus in faciendo consistere nequit* non si doveva obbligare a fare, pena la perdita della proprietà. La soluzione adottata, che ammette questa massima solo attraverso la distruzione del diritto di

Digitized by Google

proprietà, sembra ed è effettivamente preoccupata piuttosto dalle ragioni di equità alle quali poco sopra accennammo: perciocchè, se avesse voluto direttamente e intieramente provvedere a salvare le ragioni del proprietario del fondo serviente, avrebbe dovuto addossare almeno il *factum arboris tollendae* o *cautionis prestandae*, o *domus reficiendae* o *damni solvendi* o *pauperiei sarciendae* al proprietario del fondo dominante senz'altro, salvo a regolare la spesa di fronte al proprietario del fondo serviente o a ripartirla tra i due proprietari con una od altra proporzione. Dunque la servitù si concilia coll'esistenza della proprietà autonoma del fondo serviente, vale a dire l'esercizio se ne concilia coll'esistenza (nell'ipotesi più comune che la *facultas derelinquendi* conduca all'acquisto della proprietà abbandonata dal proprietario del fondo serviente, da parte del proprietario del fondo dominante, il quale per tal guisa verrebbe ad ottenere *iure proprietatis* quanto prima aveva *iure servitutis*), solo nel caso che il proprietario del fondo stesso serviente si pieghi a fare ciò, che, non facendo, pagherebbe colla perdita del suo fondo. Se del resto qui si trattasse di mere e semplici eccezioni alla regola *servitus in faciendo consistere nequit* (anche a prescindere dalla difficoltà che il mettersi in grado di sopportare la servitù potrebbe per il fondo serviente costituire la regola e non l'eccezione), non si spiegherebbe in modo alcuno l'appendice di uno speciale *ius* o *facultas derelinquendi*. Eppure, trattandosi di esercizio della servitù, un tale *ius derelinquendi* non è l'effetto se non dell'applicazione alle servitù del principio generale di equità: e questo principio generale non è, in fondo, se non parte di quello stesso sistema di equità, considerato nel suo complesso, che porta all'addossamento dell'*onus reficiendae parietis* al proprietario del fondo serviente.

31. La servitù *oneris ferendi* e la *tigni immittendi* non hanno certamente una storia diversa da quella di tutte le altre servitù. Questo solo si deve dire di particolare per esse: che, data la nuova impronta personale di tutte le servitù, a proposito della servitù di onere non sarebbe stato più il caso di preoccuparsi della massima *servitus in faciendo consistere*

Digitized by Google

nequit. Tutte le servitù ormai consistevano *in faciendo*, anche se stabilite in occasione e per comodo di fondi: poichè il vero e pieno dominio delle terre era divenuto un fattore politico, vale a dire un elemento della signoria feudale, naturalmente la proprietà non reclamava più siffatti rapporti reali da fondo a fondo, indipendenti dall'opera personale di questo o di quello. I vincoli veramente e prettamente reali non erano se non riserve assunte dal signore feudale nell'atto della concessione delle sue terre al vassallo: e anche senza una convenzione apposita sembra troppo evidente che si dovessero tollerare dal vassallo, quando era il signore che ne reclamava o ne sperimentava l'esercizio. Abbiasi, a mo' d'esempio, l'onere del passaggio attraverso le terre del vassallo: quest'onere tanto naturalmente restava compreso nel diritto di signoria e di dominio eminente del signore sul vassallo, che il vassallo, grazie alle consuetudini feudali del vassallaggio e non di rado per il patto stesso dell'investitura, doveva in certe epoche dell'anno od anche sempre, in tutto l'anno, fornire il viatico al suo signore, fargli ala coi suoi al passaggio, inchinargli la persona e dargli tutti i segni esteriori della soggezione feudale. Or dappoichè le manifestazioni del vassallaggio assumevano persino la forma di una stupidità fenomenale, quanto più non si sarà dovuto o potuto pretendere che avessero attitudine a dare un resultato utile nel rapporto tra fondi, in qualsiasi forma, per quanto stravagante, per quanto inconcepibile, per quanto onerosa? La servitù *tigni immittendi* non aveva dunque più ragione di esistere sotto il sistema feudale: il signore appoggiava la sua nuova costruzione sulle costruzioni preesistenti, pure sue (benchè date a concessione a qualche vassallo); e lo faceva per diritto di proprietà o di dominio signorile eminente. Il rapporto originava dal diritto pubblico e aveva il suo termine nel diritto privato, pur mantenendo costante l'impronta propria e sostanziale d'istituzione feudale: per la qual cosa non possiamo lusingarci di trovare menomamente nell'epoca feudale applicate le regole del diritto romano in materia di servitù d'immissione della trave. Nondimeno, pel diritto comune e feudale si parla ancora di servitù, distinguendole in personali e reali, ma qualificandole coll'aggettivo di signo-

Digitized by Google

rili: però, data la conformazione topografica dei possessi feudali, per cui ogni gruppo di case sottoposte ad una dominazione signorile era staccato dagli altri gruppi sottoposti ad altri signori, fuori della città non sembra neppure possibile l'attuazione di una servitù d'immissione. Nelle città, erano gli statuti o regolamenti locali quelli che davano norma alle costruzioni; pur tuttavia non può escludersi che il diritto romano, sotto forma di diritto comune, avesse alcuna influenza, sempre in rapporto alle condizioni politiche di quella borghesia che veniva preparando il diritto moderno e la nuova grande *aequatio iuris* che fu poi dalla grande rivoluzione francese proclamata ed attuata. Perciò nelle città, si rende non solo possibile, ma necessaria, la *servitus tigni immittendi:* e, dopo il rinascimento degli studi del diritto, certamente si modella sullo stampo del diritto romano. Poco del resto o nulla vi era da trarre per imitazione dal diritto germanico, o, come suol dirsi, barbarico: sia perchè presso quei popoli, dapprincipio piuttosto proclivi al nomadismo, quei rapporti e quelle regole di costruzione che sono proprie delle città non potevano naturalmente avere esplicazione; sia ancora perchè esse erano, in principio almeno, digiuni di ogni specie di diritto, non potendo sul romano modellarsi, per non averne conoscenza. Aggiungasi che presso i popoli germanici il feudalismo divenne una rete che abbracciava tutto e tutti; e che vere città dapprima presso di essi non esistevano, con reggimento autonomo municipale, per mancanza di una classe borghese che tendesse all'eliminazione del feudalismo e alla creazione di un sistema giuridico eguale. In questo procedimento di parificazione giuridica i popoli germanici furono ben più tardivi dei popoli latini, e anzi non vi giunsero se non dopo aver subìto un lungo contatto colla nostra civiltà e col nostro diritto. Presso i popoli germanici prima del concetto vero e proprio di servitù assai probabilmente svilupposi il concetto dell'onere reale (*Reallaste*); ma questo esame fa parte della trattazione generale.

Peraltro la dottrina, venuta a disciplinare alla meglio nel diritto comune questi oneri reali, ebbe anzitutto a lottare per fissare le azioni da concedersi per far valere il diritto all'onere reale: e, mentre si stabiliva di trarre dalle

Digitized by Google

servitù una confessoria ed una negatoria, utili entrambi, si riconosceva di dover cozzare anzitutto contro la difficoltà derivante dal fatto dell'uomo che si trattava o si sarebbe trattato di richiedere. Per giustificare questa soluzione, si ricorse appunto all'analogia colla *servitus oneris ferendi* e si dette utilmente o l'azione confessoria o la negatoria a seconda dei casi: nel che s'incontrarono dal più al meno le stesse difficoltà che i giureconsulti romani ravvisarono nel rendere obbligatoria la *refectio parietis* al proprietario del fondo serviente per la servitù di appoggio. Da questo punto di vista è proprio il caso di dire che l'obbligo del risarcimento della parete nella servitù di appoggio fu come l'anello di congiunzione tra la servitù romana e la servitù impropria feudale: e che appunto, se questo istituto nel diritto comune si trasformò per venire al tipo moderno plasmato sul diritto romano, fu grazie alla constatazione di questa incongruenza risultante dalla servitù di onere per l'obbligo del risarcimento della parete. Se tanto sembrava difficile ammettere la *refectio parietis* e conciliarla col concetto romano autentico di servitù, quanto più non doveva sembrare anomalo il concetto di onere reale dei fondi e impossibile l'assimilazione di quest'onere all'ordinamento giuridico delle servitù? Occorreva dunque risolutamente abbandonare tuttociò che di feudale vi era o vi poteva essere nell'ordinamento degli oneri fondiari e tornare alle pure fonti del diritto romano per restituire l'istituto.

La importante disposizione dell'art. 643 ha per oggetto lo *ius derelinquendi*, che il proprietario del fondo serviente può esercitare sul fondo stesso, qualora non intenda sostenere le spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, delle quali il titolo gli fa obbligo. L'abbandono in tal caso è fatto a pro' del proprietario del fondo dominante: non è quindi un abbandono nel senso che la cosa abbandonata diventi *nullius*, ma una specie di svincolo dagli oneri della servitù, quasi una soddisfazione per una volta tanto del proprio vincolo, uno scioglimento, un pagamento sul genere della *datio in solutum*. In diritto romano (ULPIANO e LABEONE in l. 6, Dig. 8, 5) si trova l'espressione *licere domino rem derelinquere*, ma non è detto che l'abbandono

Digitized by Google

debba esser fatto al proprietario del fondo dominante o in favore di esso; sembrerebbe quindi che la cosa in quei casi divenisse *nullius*, con facilità peraltro nel proprietario del fondo dominante di occuparla prima d'ogni altro, stante la vicinanza e il rapporto patrimoniale tra il suo e quel fondo serviente. In pratica, la cosa viene ad esser la stessa, ma teoricamente v'è qualche diversità; e la diversità appunto consiste in questo, del non essere troppo facile concepire che il proprietario abbandoni la cosa propria ad un altro, anzichè la dia, la ceda all'altro per quella facoltà di disporre ch'è inerente al diritto di proprietà. La precisione del linguaggio giuridico non è dunque quella che costituisce il pregio del nostro art. 643: il legislatore italiano volle tradurre, ma tradusse male e piuttosto infelicemente l'espressione ulpianea della sopraddetta l. 6, § 2. L'abbandono non è fatto già allo scopo di disporne per l'ultima volta e definitivamente della cosa propria, ma allo scopo di non disporne più, ritenendola economicamente inutilizzabile per i gravami che su di essa fanno capo: come potrebbe fare chi, possedendo un immobile gravato d'imposte in modo strabocchevole (pur troppo se ne hanno in Italia esempi palpitanti d'attualità e desolanti), se lo lasciasse espropriare dal fisco nella sicurezza che tra il valore di quello e il debito d'imposte non si potesse raggranellare per sè neppure un centesimo di differenza in avanzo. Se poi mercè questo abbandono si raggiungesse lo scopo di concentrare sul solo fondo espropriato o abbandonato il credito del fisco ad esclusione di ogni altro mezzo di soddisfazione o di ogni garanzia sul resto del patrimonio del contribuente, si potrebbe forse discutere per diritto romano (di fronte all'istituto fiscale dei bassi tempi dell'*impositio agrorum sterilium agris fertilibus*); ma questa discussione sarebbe per noi oziosa, tanto più che nel caso nostro è provato indubbiamente l'effetto dell'abbandono come pienamente estintivo dell'obbligazione alle spese, derivante, a carico del proprietario del fondo serviente, dal titolo costitutivo della servitù stessa.

L'abbandono del proprietario del fondo serviente per essere produttivo non esige accettazione del proprietario del fondo dominante; talchè si giunge alla conseguenza che

Digitized by Google

quest'ultimo, anche contro il proprio volere, viene ad acquistare la proprietà del fondo serviente. Questa conseguenza, benchè sostenuta da autori gravissimi, ci ripugna: poichè il proprietario del fondo dominante, il meno che riesca a fare in questa emergenza, è di abbandonare l'esercizio della servitù, non potendolo alcuno obbligare a servirsene. Rinunziando egli di diritto o anche soltanto di fatto ad un tale esercizio, evidentemente la legge nulla ha più da pretendere da lui, a nulla può obbligarlo o costringerlo: perchè questa non è materia di diritto pubblico, ma solo di diritto privato. La questione quindi se occorra o no consenso da parte del proprietario del fondo dominante perchè si assuma l'obbligo delle spese necessarie all'esercizio della servitù, è una questione più che altro bizantina: il proprietario del fondo dominante dimostrerà col fatto, cioè servendosi o no del suo diritto di servitù, se intende o non intende addossarsi la proprietà del fondo serviente con tutti gli oneri che a quella fanno corona.

Quanto in pratica la soluzione è facile, altrettanto è delicata in teoria; tanto più che la posizione esatta della questione teorica influisce anche considerevolmente in altri aspetti pratici del regolamento delle servitù sul tipo di quella d'onere (*oneris ferendi*). Or si domanda dunque se questa facoltà di derelizione, accordata al proprietario del fondo serviente per liberarsi dal peso delle obbligazioni addossategli per render possibile al dominante l'esercizio della servitù, abbia alcuna influenza sulla natura particolare di questa forma di oneramento. Il dubbio non può non sorgere, per il solo fatto di tener presente la giustificazione data da ULPIANO nella l. 6, § 2, Dig. 8, 5, traendola da LABEONE: *hanc servitutem non hominem debere sed rem.* La quale è fino ad un certo punto giustificazione dello *ius derelinquendi;* poichè quel *denique* che serve d'attacco, nella lingua latina ha sempre significato di *finalmente* e non di *perciò*, nè è stato mai sinonimo d'*ideo* neppure per alcun significato secondario. ULPIANO ha dunque detto, a rigore: si ammette la coazione perchè il proprietario del fondo serviente *reficiat parietem;* ma LABEONE scrive che questa servitù non è dovuta dall'uomo bensì dalla cosa e che finalmente (alla fine, in fin dei conti, in ultima analisi o in ultima istanza) è lecito al

Digitized by Google

padrone di abbandonare la cosa sua. Tuttavia, anche escludendo che l'un concetto, a parlare esattamente, possa servire di spiegazione all'altro, resta sempre che i due concetti sono contemporanei e appunto per coesistere hanno d'uopo di far parte di un istituto giuridico unico e compatibile con entrambi. La *servitus reficiendae parietis ad sustinenda onera* oppure la *refectio parietis ad sustinendam servitutem oneris ferendi causa impositam*, si afferma dovuta dalla cosa e non dall'uomo: si tratta dunque, dicono gl'interpreti, di onere reale simile in tutto alle germaniche *Reallasten*, della cui ibridezza basta un primo esame per convincersi. Gli equivoci a questo proposito si sono talmente ingrossati grazie appunto a questa ibridezza di concetti giuridici, che, senza ombra di bigottismo romanistico, ognuno trova necessario ricercare una via di uscita, per vedere se è possibile cavarsela da questo labirinto, mantenendo bensì il concetto di LABEONE (poichè non se ne può porre in dubbio l'autenticità), ma cercando di metterlo a base di una costruzione giuridica dell'obbligo *reficiendae parietis* addossato al proprietario del fondo serviente nella servitù *oneris ferendi*, anche armonicamente a quanto già si disse circa l'essere dovuta allo *ius proprietatis* e non allo *ius servitutis*, propriamente, la vera spiegazione di tale obbligo delle servitù. Ricondurre il concetto di servitù alle sue origini e spogliarlo di tutti gli ingombri o concetti eterogenei che possono fare ostacolo alla sicurezza della nozione giuridica per le funzioni che la servitù è chiamata ad adempiere in rapporto ai fondi dominante e serviente dev'essere appunto lo scopo di ogni nostro maggiore sforzo.

All'art. 641 del Codice civile il legislatore italiano apertamente afferma che le opere necessarie per usare e conservare una servitù sono a carico del proprietario del fondo dominante, purchè non sia diversamente disposto dal titolo costituente la servitù; ma aggiunge che, qualora l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù sia comune tra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo serviente, le opere debbono esser fatte in comune ed in proporzione dei relativi vantaggi, salvo che il titolo disponga altrimenti. Non si poteva fare un'esposizione più infelice e più perfuntoria di quella ch'è contenuta in questa seconda parte che

Digitized by Google

riguarda la comunione dell'uso. Novanta volte su cento il proprietario del fondo serviente non perde l'uso della cosa nella parte o utilità soggetta a servitù a favore del fondo dominante e del suo proprietario: quindi novanta volte su cento, come dice il Codice, le opere debbono esser fatte in comune. Per trasportarci fuori della nostra servitù di onere (in cui l'uso comune della cosa tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente risalta all'occhio con troppa evidenza), consideriamo la servitù di passaggio. È chiaro che io, proprietario del fondo serviente, concedendo al proprietario del fondo dominante la servitù di passaggio per un viottolo che attraversa la mia proprietà, non intendo con questo di privarmi io stesso del diritto di passare per il medesimo viottolo, contemporaneamente, senza pregiudizio del diritto di servitù spettante al mio vicino. Ciò posto, la redazione infelicissima dell'art. 541 dovrebbe essere invertita, nel senso che il proprietario del fondo dominante e il proprietario del serviente concorrono, in proporzione del rispettivo vantaggio che ritraggono dalla utilità di un fondo (il concetto di comunione dell'uso, siccome pericoloso, dovrebbe qui affatto bandirsi), nelle spese per l'uso e per la conservazione di quella utilità e delle opere necessarie allo sfruttamento di essa: eccettuato soltanto il caso, in cui, per essere lo sfruttamento dell'utilità in oggetto pieno e intiero a favore del proprietario del fondo dominante, logicamente debba questi esser tenuto a tutta la spesa della manutenzione. Avendo in questi sensi concepito il detto articolo, sarebbe stato possibile comprendersi.

Viceversa, trattandosi di servitù convenzionale della fonte o del canale, il concedente deve fare per gli utenti le opere ordinarie e straordinarie per la derivazione e condotta dell'acqua fino al punto in cui ne avviene la consegna, mantenere in buono stato gli edifizi, conservare l'alveo e le sponde della fonte e del canale, praticare i consueti spurghi ed usare la dovuta diligenza, custodia e vigilanza, affinchè la derivazione e la regolare condotta dell'acqua siano a tempi debiti effettuate (art. 649). In altri termini, nella servitù della derivazione o condotta d'acque quali sono gli oneri che restano a carico dell'utente, pria che l'acqua sia giunta nel luogo

Digitized by Google

dell'irrorazione? Il momento e il luogo in cui gli oneri fanno capo all'utente è quando e ove l'acqua è consegnata ad esso dal concedente ossia quando il concedente più non ne dispone e ne dispone del tutto l'utente *iure servitutis* bensì, ma con tutte le facoltà che sarebbero inerenti all'esercizio del diritto di proprietà, se di proprietà dell'acqua si trattasse (1). Prima di quel momento, l'acqua dev'esser raccolta in un vaso artificiale, se il vaso naturale non c'è o non basta: altrimenti si diffonderebbe per la terra prima o dopo, e si renderebbe impossibile lo sfruttamento in cui si traduce l'esercizio della servitù.

E poichè qui si tratta di concessione, la quale deriva da convenzione, e la convenzione in questo caso riguarda la consegna d'una data massa d'acqua in un dato luogo, evidentemente colui che deve dar la convenuta quantità d'acqua al luogo convenuto deve mettersi in grado di dare questa consegna: senza di che non sarebbe possibile eseguire il contratto e dar corso alla libera volontà dei contraenti. Quando l'acquà è portata a questo luogo e in quella quantità, allora comincia a rendersi possibile lo sfruttamento da parte del proprietario del fondo dominante: e allora siamo in tema di esercizio della servitù ed allora sorge la questione se *servitus in faciendo consistere nequeat*, e fino a che punto praticamente si possa ammettere qualche fatto del proprietario serviente, che non guasti la regola. Prima che l'acqua giunga al luogo dello sfruttamento la servitù non è costituita e non si può esercitare una presa *iure servitutis;* talchè, se il proprietario non adempisse all'obbligazione assunta di trasportare e condurre l'acqua al punto dello sfruttamento, verrebbe certamente in tal modo a rendere impossibile l'esercizio e lo sfruttamento inerente alla servitù attiva. Le servitù sono tutte localizzate per ragione d'esercizio, perchè anche i fondi

(1) Come si vedrà nella trattazione apposita, per le servitù delle acque si avvera sopratutto questo fatto: che il diritto di servitù si traduce effettivamente nel diritto di proprietà e di uso (effettivamente *iure proprietatis* benchè si dica *iure servitutis*) per la massa d'acqua che ha formato oggetto della concessione, ossia sull'utilità sfruttata nella servitù stessa.

Digitized by Google

e gli edifizi ai quali si riferiscono sono localizzati e hanno determinazione nello spazio. Se la legge desse diritto al proprietario del fondo dominante di prender l'acqua pei suoi usi entro il fondo vicino, a titolo di servitù, allora ben egli potrebbe pretendere di penetrare nel fondo serviente e fare da sè quelle opere che appariscono necessarie per l'attuazione dello sfruttamento nel quale la servitù consiste; anche prima del punto topografico in cui per convenzione gli potrebbe essere permesso, in mancanza di una legge, di sfruttare, limitatamente, pei suoi bisogni la utilità del fondo serviente; comechè una tal legge dimostrasse poco riguardo al fondo serviente stesso ed anche senza uniformarsi nelle modalità alla normale del minimo mezzo.

Ne verrebbero innanzi pretese di risarcimenti, interposizione dell'autorità del giudice *pro bono et aequo:* ma fino a questo punto o all'infuori di ciò nulla vieta che il proprietario dominante, non trovando nella legge limite alcuno, cerchi di sfruttare come crede e in quel punto del fondo serviente che meglio a lui fa comodo, quell'utilità del fondo serviente per il quale la servitù è costituita. Ma qui è la convenzione, libera da limitazioni legali, che vuol essere rispettata: e la concessione che a quella convenzione è inerente determina precisamente un punto per la consegna dell'acqua, perchè prima di questo punto non possa mai intendersi cominciare l'esercizio della servitù; talchè ogni ingerenza del proprietario del fondo dominante, pel tratto anteriore a quello in cui si deve fare la consegna dell'acqua, non possa dipendere dal diritto di servitù. Se quindi la convenzione costitutiva della servitù non porta un patto aggiunto che per quel tratto faccia carico della manutenzione al proprietario del fondo dominante, la manutenzione stessa spetta al proprietario del fondo serviente. Questo e non altro dice l'art. 649 del Codice civile, il quale è perfettamente logico e non contraddice al principio: *servitus in faciendo consistere nequit,* consacrato nell'art. 641 quanto all'esercizio del diritto della servitù.

32. La giurisprudenza sull'art. 641 del nostro Codice civile giustifica e sancisce il diritto di abbandono nel caso che il

Digitized by Google

proprietario del fondo dominante voglia rinunciare alla servitù attiva. Una sentenza 25 maggio 1883 della Cassazione torinese (Castagno c. Aymone) è ordinariamente richiamata per dimostrare che l'unico modo per sottrarsi alle spese dell'esercizio di una servitù attiva è quello di abbandonare addirittura l'esercizio d'una tale servitù: ma per dimostrare una tale possibilità non è pur necessario citare della giurisprudenza, poichè la cosa s'intende da sè. Notevole è anche una sentenza 21 dicembre 1894 della Corte di cassazione di Torino (Bordoni c. Scarrone), la quale riteneva che, oltre il titolo, anche la prescrizione possa liberare l'utente la servitù dall'obbligo di cui nell'art. 641 Cod. civ. « Nella specie si trattava di una servitù di cloaca, cioè di una servitù continua ed apparente sôrta con una specifica modalità, secondo la quale l'utente non era tenuto a concorrere alle spese occorrenti per usarne. Ora siffatte servitù, col corredo delle loro modalità, essendo del novero di quelle che si possono col quasi-possesso trentennale acquistare, è intuitivo che colla prescrizione non solo si forma il diritto d'immettere le immondizie nella cloaca altrui, ma si è liberati altresì dall'obbligo di concorrere alle spese occorrenti per le opere necessarie all'uso di questa servitù. Per arrivare a diversa conseguenza, bisognerebbe negare che le modalità di una servitù soggetta alla prescrizione sono prescrittibili; il che è in urto coi principî che regolano la materia, o bisognerebbe arrivare alla strana conseguenza che una servitù che si acquista colla prescrizione è sôrta dalla prescrizione in un modo incompleto e diverso da quello onde essa fu costantemente posseduta. Le servitù che dalla prescrizione sorgono, acquistano, mediante la prescrizione, la loro consistenza giuridica su tutte le modalità che sono loro aderenti, e non si può disconoscere questo vero senza negare alla prescrizione uno dei suoi principali effetti. Quello cioè di dar vita giuridica ad una servitù, secondo il modo onde fu essa posseduta. Nè, adottando questi criteri si viola in alcun modo l'art. 641, perchè si vede chiaramente che ivi la parola *titolo* è stata dal legislatore usata per indicare l'atto costitutivo della servitù, atto, che, nel caso in esame, è sorto dalla prescrizione » (*Sinossi giur.*, fasc. 96). La Cassazione di Roma, 10-12 maggio 1899,

Digitized by Google

Albani-Castelbarco c. Moscioni-Negri, nell'esaminare se anche nel nostro Codice la servitù prediale consista *in patiendo vel in non faciendo*, non mai *in faciendo*, domanda se nell'affermativa a tale principio, deroghi l'articolo 643 del Codice. Dopo avere affermato che l'art. 531 ripete il principio esposto nella l. 15, Dig. 8, 1, osserva che colla facoltà di abbandono ammessa da questo art. 643 « si volle accennare a quelle obbligazioni di fare che possono incombere al proprietario del fondo gravato dalla servitù, non come oggetto di essa, ma in dipendenza di speciali stipulazioni aggiunte alla sua costituzione, e che, essendo rivolte unicamente a regolarne l'uso e la conservazione, ne costituiscono un accessorio »: non potendosi intendere altrimenti la l. 33, Dig. 8, 2, in ordine ai restauri da farsi alla colonna soggetta alla *servitus oneris ferendi*. « Escluso adunque che la servitù prediale possa consistere *in faciendo*, il giudice di merito avea, nella specie, conchiuso che l'obbligo assunto da Tizio di far eseguire sul proprio fondo i lavori atti ad impedire che le acque fluviali danneggiassero il fondo di Caio, non involgesse la costituzione di una servitù prediale, di cui fosse stato quindi possibile il trasferimento *ope legis* a carico del compratore del fondo; una volta che l'utilità da Caio stipulata a vantaggio del proprio fondo, lungi dall'essere l'effetto del soffrire e del non fare qualche cosa nel proprio fondo per parte di Tizio, non era altrimenti per esso Caio conseguibile che facendo Tizio le opere all'uopo necessarie » (*Sinossi*, fasc. 147).

Ad illustrazione di questa sentenza si possono consultare le conclusioni profferite all'udienza dall'avvocato generale ORONZO QUARTA (*Foro italiano*, 1899, I, 681), il quale dubita che nel sistema della legislazione romana si potesse ammettere l'esistenza d'una servitù prediale coll'obbligo nel proprietario del fondo serviente *ut aliquid faciat*, di fronte al principio *servitus in faciendo consistere nequit*, che trova riscontro ed applicazione in testi concernenti la costituzione, il trasferimento, l'esercizio della servitù nei tit. 1-6 del Dig., lib. 8. Le discrepanze tra gli autori moderni consisterebbero unicamente nel conciliare con questo principio la l. 33, Dig. 8, 2, riguardo alla servitù *oneris ferendi*: ma quasi tutti riconoscerebbero che quella legge costituisca una tassativa eccezione da non potersi esten-

Digitized by Google

dere ed applicare ad altre servitù, neppure alla *tigni immittendi* che pur tanti punti di somiglianza e di analogia ha con la *servitus oneris ferendi.* Del resto dagli stessi giureconsulti romani si rileverebbe che questa disposizione non fosse ammessa senza contrasto (L. 6, § 2, Dig. *si serv. vind.*, e l. 33, Dig. *de serv. urb. praed.*). La giustificazione data da PAOLO in quest'ultima legge non sembrerebbe soddisfacente, perchè la formola *uti nunc est ita sit* non si riferiva solo alle *servitutes oneris ferendi*, ma anche alle altre servitù. Il QUARTA accetta la spiegazione dello SCIALOIA: che cioè il muro, la colonna o la cariatide sui quali taluno acquista la *servitus oneris ferendi* non servono solo di sostegno al peso, ma hanno svariate utilità a profitto del loro proprietario (altrimenti il proprietario li alienerebbe e non si limiterebbe a concedere su di essi una semplice servitù). Sarebbe quindi ingiusto che il proprietario del muro se lo trovasse gratuitamente restaurato dal proprietario del fondo dominante, perchè il maggior vantaggio nella servitù in tal caso sarebbe effettivamente risentito dal proprietario del fondo serviente e non dal proprietario del fondo dominante. Contro il proprietario del fondo dominante il proprietario del fondo serviente potrebbe persino richiedere la *cautio damni infecti;* quindi, per tutto il complesso di queste ragioni, se vuolsi evitare che il proprietario del fondo serviente si arricchisca ingiustamente, è d'uopo costringerlo, secondo lo SCIALOIA, a fare le necessarie riparazioni. Ma il QUARTA, pure ammettendo collo SCIALOIA che l'obbligo del proprietario del fondo serviente a fare le riparazioni sul muro che sopporta l'*onus* non costituisca l'eccezione unica in tutto il diritto romano alla regola *servitus in faciendo consistere nequit*, e che, occorrendo la stessa ragione, debba una tal ragione produrre effetti simili a quelli prodotti nella *servitus oneris ferendi*, osserva che non vi è analogia alcuna tra la tolleranza dell'appoggio del muro già costrutto per sè dal proprietario del fondo serviente e il dovere far eseguire costantemente sul proprio fondo i lavori necessari alla sponda del fiume per impedire la corrosione o i danni del fondo altrui: nel primo caso il muro già esiste, mentrechè nel secondo trattasi di nuove opere da costruirsi continuamente secondo il vario e mutevole movimento delle acque del fiume,

Digitized by Google

nell'esclusivo e principale interesse altrui, e le opere stesse non sono un accessorio della servitù, ma l'oggetto stesso, l'onere costitutivo della servitù.

La specie invece, secondo il QUARTA, rientrava piuttosto nei termini delle esemplificazioni della l. 15, Dig. *de servit.*: nè si potrebbe opporre avere il Codice napoleonico e il nostro allargato il concetto di servitù prediale e non esclusa la possibilità che la servitù imponga qualche attività, qualche fatto al proprietario del fondo servente; mentre questi due codici sono stati invece più rigidi del diritto romano, per reazione contro l'elemento feudale (art. 638 Cod. nap.) e per contrasto colle servitù ad oneri personali (art. 686 Cod. nap.). Per il che nell'articolo 637, definendosi la servitù alla parola *diritto* del primitivo progetto si sostituì la parola *carico*, e il nostro Codice negli articoli 531, 616 e 643 ha seguito le stesse orme: perlochè non si deve confondere ciò che costituisce l'essenza della servitù con ciò che è accessorio o modalità dell'esercizio di essa. Quindi (dice il QUARTA), « pur mantenendosi nel Codice francese e nell'italiano inalterato il carattere essenzialmente passivo della servitù, in quel che ne costituisce il suo oggetto principale, si è però con essi quanto al carico delle opere necessarie per conservarla ed usarne, sotto un certo rispetto, modificato il sistema del diritto romano ». Il Codice napoleone non ammise neppure l'eccezione per la *servitus oneris ferendi* (art. 697 e 698), ma anzi stabilì per principio generale (art. 698 e 699) che nel titolo costitutivo delle servitù le opere e le spese di esercizio si potessero mettere a carico del proprietario del fondo serviente, e che questi potesse sempre liberarsi da tale obbligo colla derelizione del fondo.

Il Codice nostro nell'art. 641, corrispondente al 698 Codice napoleone, ha aggiunto un capoverso per porre le spese in comune in proporzione dei rispettivi vantaggi, generalizzando così il principio romano sulla *servitus oneris ferendi*. La regola *servitus in faciendo consistere nequit* dovrebbe intendersi nel suo obbietto principale, nel servigio che si vuol rendere al fondo dominante ed in cui essa si sostanzia: la qual cosa non escluderebbe che le opere necessarie per conservarla ed usarne per legge o per convenzione, in tutto

Digitized by Google

o in parte, possano mettersi a carico del proprietario del fondo servente. L'onere di cui si tratta non costituirebbe punto quindi una servitù prediale, secondo il nostro Codice: mentre l'art. 531 Codice spagnuolo e i §§ 1018-1029, 1090-1093 del nuovo Codice germanico ammettono l'innesto di oneri personali in servitù reali. Da noi solo è possibile, secondo il QUARTA, in questo caso un'obbligazione perpetua di fare, trasmissibile agli eredi come un'obbligazione di dare (articolo 1779) ed ai sensi della presunzione fissata nell'art. 1127, obbligazione da adempiersi ai termini degli art. 1218 e 1220 Codice civile.

Digitized by Google

CAPO IV.

Spostamento del luogo serviente.

33. Il fondo e le sue parti. — 34. Il *limes* come *ius itineris* e la *commutatio loci*. — 35. L'art. 645 Cod. civ. e la legge del minimo mezzo. — 36. Giurisprudenza.

33. Il tema sullo spostamento del luogo serviente e sul titolare della servitù in rapporto a quello spostamento ha dato vita a discussioni eleganti e di grande interesse, specialmente in ordine alla servitù di passaggio ed in rapporto all'art. 645 Cod. civile. Anzi in questa trattazione è assai conveniente partire dall'art. 645 del vigente Codice civile, che, trattando dello spostamento del luogo serviente sotto la sezione dei modi d'esercizio delle servitù, ha il pregio di generalizzare la regola anche oltre il caso della servitù del passo necessario. Il principio generale, la vera regola che serve di fondamento alle disposizioni concrete della legge e deve servir di guida al giudice per la risoluzione dei casi pratici è che il proprietario del fondo serviente non possa *fare* cosa alcuna che tenda a diminuire l'uso della servitù o a renderlo più incomodo e che quindi non possa variare lo stato del fondo nè trasferire l'esercizio della servitù in un luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilito. Vengono poi due eccezioni: una nell'interesse del proprietario del fondo dominante e l'altra nell'interesse del proprietario del fondo serviente. Al momento c'interessa il principio: e il principio è completo, chiaro, evidentissimo: lo troviamo nell'art. 701 del Codice civile napoletano e nei posteriori fino al Codice italiano, talchè è proprio da riconoscere che si tratta di un principio nettamente delineatosi nella legislazione e nella giurisprudenza, senza incertezze, senza oscitanze.

Risaliamo, secondo il solito, al diritto romano. Anzitutto è a notare che per la l. 60, Dig. 50, 16, luogo non è il fondo intero, ma una qualche parte di esso; tuttavia un fondo può diventare *locus* rispetto ad altro fondo nel quale sia incorporato. Il fondo ha sempre i confini precisi; i confini del *locus* possono essere indeterminati e indefiniti. Il fondo è unità intiera, il luogo spesso s'intende senza la villa. Ma è

Digitized by Google

l'intenzione e il modo di costituzione che distingue il luogo dal fondo: talchè un piccolo luogo può anche essere da noi ritenuto come fondo; e viceversa, giusta si disse sopra. Come si vede, ULPIANO, commentando l'editto, ripose un'attenzione speciale nel distinguere *locus* da *fundus:* eppure non vi riuscì neppure a sufficienza. Perchè si riconosce in teoria la necessità di distinguere il fondo dalle sue porzioni? tutte le porzioni di un fondo sono *loci* o solo talune di esse? qual è il criterio che presiede alla distinzione tra le *portiones* semplici dei fondi e quelle porzioni che si possono designare come *loci?* qual è la ragione pratica di simile distinzione tanto per i predî rustici quanto per i predî urbani? quanto può durare l'indeterminatezza di un *locus?* la determinazione di un *locus* dipende molto o poco, essenzialmente o secondariamente, dalla volontà del proprietario? e quanto dalla natura del suolo o dell'edifizio? quali sono le forme di una tale determinazione? Risoluti tali quesiti, la risoluzione del quesito dello spostamento per necessità dovrebbe tornare più facile e meno laboriosa, perchè evidentemente deve armonizzare colle altre risoluzioni nel concetto di un organismo unico e armonico.

In teoria dunque si distingue il fondo dalle sue porzioni, perchè si ritiene che a queste possa attribuirsi una sistemazione giuridica diversa da quella assegnata al fondo intero e comunicata dall'unità alle parti, per semplice effetto di suddivisione: e il luogo, o zona anche indeterminata del fondo, ha per questo una disciplina speciale, diversa da quella del fondo intiero. I glossatori credettero di trarre una siffatta disciplina dalla l. 2, § 8, Dig. 11, 7, appartenente ai commenti edittali di ULPIANO. Un luogo che serve (dice il giureconsulto) non può divenire religioso senza il consentimento di colui al quale la servitù è dovuta; ma se non meno comodamente si può sfruttare la servitù stessa in altro luogo del fondo medesimo, questo fatto di convertire in religioso un luogo che prima non lo era è ammissibile ed ha la sua buona ragione. La l. 9, Dig. 8, 1, di CELSO, ci fornisce in proposito taluni schiarimenti d'indole generale, dei quali è necessario tenere il debito conto. Se per contratto o per testamento si dà a taluno il diritto di passaggio per il fondo altrui, e cioè per qualsiasi parte di quel fondo, sarà lecito di eser-

Digitized by Google

citare un tale diritto di servitù soltanto *civiliter*. Non è permesso *ire, agere* nè per la stessa villa nè in mezzo alle vigne; quando ciò si possa fare con eguale comodità per altra parte e con minor detrimento del fondo serviente. Resta quindi inteso che si deve *ire, agere* sempre per la stessa via, per la quale fin da principio si era fatto, senza poter mutare più la via intrapresa: e così sembrava a SABINO in materia di rivo per evitare il trasferimento delle opere di condotta, e così sembra a CELSO in materia di servitù di via. Che cosa possa intendersi coll'avverbio *civiliter* applicato ad un verbo che sta a denotare l'uso o l'esercizio di un diritto, non è dubbio: si esercita un diritto *civiliter*, ossia da buon cittadino, quando si ha il debito riguardo al diritto degli altri cittadini e alle ragioni tutte della consociazione, siccome è richiesto dall'educazione civile e dentro e fuori del campo giuridico propriamente detto. Nel caso della servitù, questa si esercita *civiliter*, quando, potendo scegliere tra varie parti di una villa o di una vigna, ciò si fa per la parte che presenta un tale esercizio *minore servientis fundi detrimento.*

Evidentemente questo principio che prescrive l'esercizio di una servitù *civiliter* dovrà restar fermo anche di fronte ad un eventuale spostamento o *commutatio loci servientis:* o che un tale spostamento avvenga su proposta e nell'interesse del proprietario del fondo dominante, o che avvenga su proposta e nell'interesse del proprietario del fondo serviente, deve importare il miglioramento nella posizione di uno dei due fondi ed escludere il peggioramento nella posizione dell'altro fondo. In tal caso, per ragioni di economia civile, il diritto consente, anzi prescrive che la proposta di spostamento debba accettarsi: ma SABINO e CELSO che ne riporta l'opinione con un *verum constitit* sembrano mostrarsi favorevoli allo *statu quo* dell'esercizio della servitù del canale e della via, al momento in cui la servitù stessa cominciò ad esercitarsi (1), sostituendo a quanto pare al concetto del-

(1) Forsechè per analogia della *lex aedium* eravi anche una *lex praediorum* colla formola edittale: *iter* o *aquae ductus uti nunc est ita sit?* Nessuna traccia si ha di un regolamento della viabilità o delle acque, in forza del quale, pure introducendosi delle norme nuove e uniformi, si

Digitized by Google

l'esercizio discreto (*civiliter*) di una facoltà di spostamento l'assioma della immobilità completa.

A sostegno di questa idea conservatrice suolsi addurre il fr. 13, § 1, Dig. 8, 3, dove GIAVOLENO trae da CASSIO il principio che nelle servitù di *iter* e di *actus*, se tutto il fondo serve, malgrado il proprietario di esso, *omnes glebae serviunt;* ma che, appena si determina l'*iter* o l'*actus* legato senza determinazione di luogo, la servitù si concentra nel luogo ch'è stato determinato e *caeterae partes agri liberae sunt*, evidentemente come se la servitù legata fin dapprincipio avesse avuto per oggetto quel luogo, sul quale in seguito la servitù stessa venne a determinarsi. Ma questa legge non può assolutamente invocarsi per escludere ogni spostamento del luogo serviente: dappoichè essa tende ad evitare che, dopo la *determinatio itineris actusve*, l'*iter* o l'*actus* si riportino *super omnes glebas* come prima della determinazione, con danno non indifferente per il fondo serviente, il cui proprietario, fondandosi sulla speranza che *caeterae partes agri liberae essent*, avrà, immediatamente appena fatta la *determinatio itineris actusve*, disposto il fondo in modo da dare una destinazione permanente a queste *caeterae partes*, nel modo più conveniente per il suo interesse. Ma che, serbando il principio di evitare un ulteriore aggravamento nel fondo serviente, il proprietario del fondo dominante non possa cambiare la *determinatio itineris actusve*, sempre lasciando libere le *caeterae partes agri*, assolutamente non è detto nè potrebbe dirsi con una ragione plausibile di fronte al principio di economia giuridica sopra svolto.

CELSO e GIAVOLENO, SABINO e CASSIO dunque sono contrari a che per fatto del proprietario del fondo dominante o per costui arbitrio si possa interpretare nel modo più gravoso per il fondo serviente una convenzione od una disposizione di ultima volontà che costituisca una servitù d'*iter* o di *actus;* sono contrari a che concentrata nelle forme legali una servitù in un dato *locus* del fondo serviente, per arbitrio del proprietario del fondo dominante l'esercizio della servitù

---

facesse riserva per il mantenimento di vecchie norme consuetudinarie o convenzionali. Ogni congettura in proposito sarebbe affatto arbitraria.

Digitized by Google

si riporti, come già era prima, *super omnes glebas*. E sta bene: ma intanto nessuno ci vieta di estrarre da CELSO la giustificazione — *quum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento* — e di darle una giusta reciprocità anche a favore del proprietario del fondo dominante; non soltanto perchè ragioni di equità lo consigliano, ma anche perchè nella l. 2, § 8, Dig. 11, 7 cit., a proposito del *locus qui servit* che divenendo religioso produce uno spostamento di localizzazione della servitù, si adopera presso a poco la stessa espressione — *si non minus commode per alium locum servitute uti potest.*

Non senza ragione dunque CELSO e ULPIANO si mostrano all'unisono per attribuire alla possibilità dello spostamento un motivo d'indole generale che fa parte dell'esercizio *civiliter* del diritto di servitù: evidentemente un tale principio d'equità si era già perfettamente radicato nell'editto pretorio, in modo che la giurisprudenza ormai più non avrebbe potuto emanciparsene, neppure tornando a forme antiquate dovute allo stretto *ius civile* o facendo eco agli scrupoli d'interpreti poco esatti e meno compresi dello spirito e dello scopo delle disposizioni relative al concentramento. La conclusione di ciò è che malgrado tutti i sofismi e tutte le sottigliezze di taluni moderni, i quali, pretendendo di accostarsi alle pure fonti del diritto romano, per la grande smania di demolire la vecchia glossa, fantasticarono spiegazioni e costruzioni erronee, come lo ELVERS; malgrado tutti quei sofismi, resta sempre migliore la spiegazione della *glossa*, appoggiata anche da vari luoghi dei gromatici di cui qui non torna in acconcio fare il richiamo o l'esegesi, ma che si possono vedere in BRUGI (1), ch'è della stessa opinione, ma di cui chi scrive ha avuto occasione di venire alle stesse conclusioni anche prima di leggerlo, con gran conforto per sè e (ciò che più monta) per la coscienza della verità delle proprie deduzioni.

34. Considerando la cosa in rapporto alla *novi operis nunciatio*, vediamo se si può tener fermo il concetto del-

(1) Nota *m* al § 666 del *Commentario alle Pandette* del GLÜCK: lib. VIII, tit. I, pag. 76 e seg.; e *Bollettino istit. di dir. romano*, anno II, fasc. 1° e 2°, pag. 16 e seguenti.

Digitized by Google

l'esercizio *civiliter* di un diritto di servitù nel senso dell'ammissibilità di una *commutatio loci servientis* non dannosa al fondo serviente: come nella l. 4, § 1, Dig. 43, 19, *civiliter* si ammette la violenza contro chiunque nocendo a sè e al proprietario del fondo serviente adotta una via più lunga, mentre potrebbe adottarne una più breve, per trasportare i materiali necessari alla riparazione del fondo proprio; e si ammette anche nella successiva l. 5, § 1, *eod. tit.*, per l'ipotesi generale che alcuno, potendo portare in un'altra parte del campo senza incomodo del proprietario del fondo i materiali di cui sopra, li porti invece per altra parte con incomodo del proprietario stesso del fondo serviente. Abitualmente, questa ipotesi si configura specialmente nel caso del *limes*, vale a dire sentiere nel cosiddetto *ager limitatus* del territorio romano. L'*ager limitatus*, in cui dovevano sistemarsi necessariamente la servitù di *via*, e, in genere, i *iura itinerum*, era distribuito per conto dello Stato e per pubblica autorità in *centuriae:* per la qual cosa il *limes* non era se non il sentiero pubblico destinato alla separazione di una dall'altra centuria in una stessa zona di territorio. Ogni fondo, compreso nella centuria, aveva poi i suoi particolari confini (*fines*); e per ogni centuria eranvi cento piccoli fondi o *sortes*, normalmente, dotati di speciali confini: talchè dalla combinazione o sovrapposizione del *finis* sul *limes* sembra appunto essere originato il passo necessario, rimasto superstite, sempre all'infuori di ogni servitù, anche dopo la distruzione di molti *limites*, ossia quando gli *agri* di *limitati* divennero *arcifinales* (dai confini curvi), circoscritti cioè da limiti naturali o da pubbliche strade senza misurazione lineare del punto o punti di contatto. Or questi confini potendo variare per ragioni naturali o per ragioni pubbliche, certamente la mancanza di *limites* o pubbliche vie di comunicazione tra centuria e centuria rendeva ancor più necessario il passaggio coattivo sui *fines* oppure su qualunque stradello interno di comunicazione da una *sors* all'altra, da una coltura all'altra, oppure da una ad altra parte di una medesima *sors* o di una medesima coltura. Peraltro questa costruzione storica del passaggio coattivo può emanciparsi dalla servitù sol quando il *limes* coincide col *finis;* quando o dove il *limes* non coincide più

Digitized by Google

col *finis*, è assolutamente necessaria la costituzione di una servitù, in sostituzione dello *ius itinerum* originario o storico e il cui concetto dovette poi estendersi anche alle varie *servitutes itinerum* sopraggiunte.

Nel *limes*, dunque (la cui soppressione rendeva d'altra parte necessario il transito da una *sors* o da una coltura all'altra attraverso i privati *fines*), ogni spostamento portava uno spostamento anche dei *iura itinerum* in rapporto ai *fines:* e ciò perchè anche quando i *limites* stessi esistevano, il sistema di viabilità da loro offerto doveva necessariamente essere completato dai *fines* tanto regolari (forse *rigores*) quanto curvi od obliquí (forse *flexus* [*fines*]). Anzi probabilmente l'obliquazione o la curva dei *fines* non fu in parte se non conseguenza dello spostamento del *limes*, di fronte alla persistente regola che esigeva l'accesso sempre libero agli spazi coltivati, per il pubblico interesse dell'agricoltura: come se oggi, spostandosi il tracciato d'una strada nazionale, dovessero spostarsi tutte le strade vicinali e le reti dei viottoli privati che a queste direttamente o indirettamente fanno capo nei singoli fondi. *Totus ager itineri servit:* questa era la massima che la servitù deve avere storicamente ereditata dai *iura itinerum* antichissimi e coevi alla ripartizione delle terre, quando i *limites* o cominciavano ad essere soppressi, o a divenire insufficienti ai bisogni agricoli, stante l'aumento della coltura intensiva. La consuetudine, l'usucapione e infine la convenzione devono aver quasi sempre fatto omaggio a questa sistemazione necessaria della viabilità: e la stessa destinazione dei fondi, nel suo successivo cambiamento, non può non aver avuto tale rapporto con quella sistemazione e col cambiamento di essa, da divenirne con certezza o la causa o l'effetto.

Intanto, prima di tutto la *commutatio loci itineris* essendo accordata quando il *limes* sia su di un punto inaccessibile, del quale tuttavia può giovarsi un prossimo possessore che offra un più comodo *iter*, oppure passi per l'edificio della villa e il *dominus villae* offra un *iter* di non minore comodità: abbiamo già l'esempio di uno spostamento topografico di tutta la rete della viabilità rurale anche all'infuori dei *iura servitutis* propriamente detti e nel solo sistema dei *iura itinerum*

Digitized by Google

per un regolamento legale dei passaggi più essenziali e indispensabili alle unità culturali di un sistema agricolo nè troppo intensivo nè troppo estensivo. Di regola ogni limite serve di strada pubblica e forse anche per il giro dell'aratro e per l'accesso alle colture: e quindi lo spostamento del *locus qui servit* nella *servitus itineris* talora trae di conseguenza anche lo spostamento del *limes*, almeno nel fatto e per via di alterazione. Ma certamente in questa costituzione di un *iter* o di un *actus* diverso dai sentieri limitari potè anche influire la convenzione adattata al bisogno speciale del fondo in proprietà, tenuto conto del frastagliamento che risulta nella prima sistemazione convenzionale della proprietà, succeduta alle ripartizioni fatte dallo Stato per pubblica Autorità: in altri termini, come opinò SICULO, le servitù di passaggio avrebbero costituito il necessario supplemento della viabilità vicinale nelle regioni a proprietà sparsa e non avrebbero avuto alcuna ragione in luoghi di proprietà non frastagliata, non intercetta, ma formata di estensioni uniche e attaccate per uno stesso ed unico principio di unità culturale. Aggiungasi che lo spostamento dell'*iter* preesistente che coincidesse col *limes* poteva anche servire per evitare la costituzione di qualche servitù al fine di aprirsi un nuovo e diverso passaggio: quindi era più economica e perciò preferibile ad uno spostamento maggiore d'interessi, quale sarebbe risultato dalla costituzione di una servitù *ex novo*.

Ed anche ammesso che l'*iter* preesistente non fosse parte d'un regolamento generale di *iura itinerum* all'infuori di ogni convenzione, se si poteva trovare il modo di contentarsi d'una prima servitù senza istituirne una seconda; già con questo si sarebbe ottenuto un risultato pratico degno di considerazione come costruzione giuridica diretta ad economizzare in materia d'istituti giuridici. Però il tema dello spostamento del *locus qui servit* va studiato in rapporto alla costituzione e alla modificazione delle servitù per destinazione del padre di famiglia: e la trattazione di questo tema importantissimo per lo meno potrà insegnarci di non eccedere nella soverchia ammissione degli spostamenti anche senza vera opportunità giuridica e armonicamente alla formola posta dai giureconsulti romani, che cioè lo spostamento di

Digitized by Google

cui si tratta, ammesso per fare i comodi del fondo serviente, non leda a sua posta gli interessi del fondo dominante.

Nei primi tempi in cui i *iura itinerum* (*limites*) formavano un regolamento legale, bastava che dopo lo spostamento si fosse ristabilito l'equilibrio nella rete della viabilità, perchè questo spostamento avesse possibilità ed efficacia giuridica. Ma, quando al sistema o regime legale subentrò il sistema o regime convenzionale (servitù propriamente dette), per fermo gli spostamenti non potevano equilibrarsi in base al sistema di tornare con una linea curva al punto da cui prima ci separava una linea retta od una curva meno sensibile. L'onere nuovamente addossato al fondo serviente poteva essere anche del tutto indipendente dalla rete completa della viabilità e rappresentare soltanto un rapporto che sôrto appositamente per beneficio del fondo dominante, nel fondo serviente non potesse allacciarsi al completo sistema della viabilità. Lo spostamento di un tale onere può anche farsi in applicazione della legge e senza il consenso del proprietario dominante, rispettando il criterio dell'*aeque commode*. È vero che anche questo criterio informa lo spostamento dei *limites* secondo i gromatici, ma, almeno dapprincipio, un tale spostamento doveva essere più coordinato colla rete completa della viabilità: nè è d'uopo che ciò le fonti dicano in modo espresso, perchè si rileva dalla natura stessa di quei *iura* e dal loro concatenamento nel sistema unico della viabilità rurale, le cui origini rimontavano fino alla ripartizione dell'*ager limitatus*. Nella l. 2, § 8, Dig. 11, 7, e in tutti gli altri frammenti che portano la formola del non *minus commode* o dell'*aeque commode* (L. 9, Dig. 8, 1), sembra assai evidente che voglia alludersi ad un apprezzamento del giudice, il quale, esaminando le circostanze del fatto, deve entrare nella considerazione se *civiliter* sia ammissibile lo spostamento: vale a dire se il benefizio del proprietario del fondo serviente e la comodità del proprietario del fondo dominante possano equamente contemperarsi, con quella moderazione ch'è indice del coordinamento sociale dei diritti individuali. La qual cosa collimerebbe colla massima, radicata ormai nella giurisprudenza italiana attuale, come nella giurisprudenza del diritto comune: che cioè il giudice sia quasi arbitro del regolamento

Digitized by Google

delle servitù, considerandosi un tal regolamento molto al disopra di quanto può richiedere l'interesse individuale di due singoli consociati.

Non è tuttavia fuor di luogo l'osservare come sia ben facile eccedere, quando la facoltà del giudice rimanga illimitata e senza freni; poichè trattandosi di materia di diritto privato, il giudice deve ad ogni modo sempre avere per base il libello dell'attore e le risposte del convenuto, nè può arbitrariamente spostare le basi della contestazione della lite.

Quando si dice dunque che in materia di servitù il giudice deve anche valersi del suo prudente arbitrio e considerare la situazione da un punto di vista piuttosto elevato e sociale, non s'intende certamente ch'egli debba porre in non cale gli interessi e le ragioni dei privati e che debba avere sotto agli occhi soltanto il pubblico interesse o l'interesse generale; anzi resta sempre fermo, anche in questo caso, ch'egli deve partire dall'esame e dalla considerazione del privato interesse e a questo coordinare ogni altra veduta per importante che sia o possa essere. Ma soprattutto ancora il giudice non deve perder di mira la necessità del coordinamento tra il diritto dei varî vicini per formarne un complesso non dissonante, anzi armonico e socialmente attuabile per virtù stessa del congegno intimo e dell'ordinaria attuazione delle diverse facoltà o attività giuridiche le quali si trovano in giuoco per la formazione dell'unica posizione di fatto che si presenta allo sguardo dell'estraneo osservatore giurista, e che vanno considerate armonicamente e in rapporto intimo tra di loro, per gli effetti esterni che ne formano la manifestazione e il contenuto.

35. Noi abbiamo l'art. 645 del Codice civile che ci presenta lo spostamento del luogo serviente, nell'esercizio delle servitù, come una manifestazione, un prodotto della legge del minimo mezzo nelle servitù stesse. Il proprietario del fondo serviente, non potendo fare cosa alcuna che tenda a diminuire l'uso della servitù od a renderlo più incomodo, non può variare lo stato del fondo nè trasferire l'esercizio della servitù in un luogo diverso da quello dove la servitù stessa fu originariamente stabilita. Ma, se l'originario esercizio fosse dive

Digitized by Google

nuto più gravoso al proprietario del fondo serviente o se gli impedisse di farvi lavori, riparazioni o miglioramenti, egli può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio de' suoi diritti, senza che quegli possa ricusarlo. Il cambiamento inoltre di luogo per l'esercizio della servitù può del pari ammettersi ad istanza del proprietario del fondo dominante, qualora questi provi che il cambiamento stesso riesca per lui di notevole vantaggio e non sia di danno al fondo serviente.

In sostanza, anche qui si tratta di applicazione della legge del minimo mezzo. Lo spostamento è dunque un fatto ammissibile e privo d'inconvenienti pratici, qualora si sappia contenerlo nei limiti della legge; esso è un fatto che può anche non turbare l'equilibrio dei possessi, perchè appunto può rimanere ristretto nei termini che sono comportabili colla sistemazione completa e perfetta della proprietà, vale a dire in quei termini che non possono compromettere l'equilibrio delle proprietà, e sempre in modo che la servitù apparisca e risulti esercitata *civiliter*, secondo l'inarrivabile espressione dei giureconsulti romani. Ma lo spostamento del luogo serviente esige una trattazione apposita e distinta dalla trattazione generica che riguarda la trattazione della legge del minimo mezzo e delle sue singole manifestazioni: perchè lo spostamento del luogo serviente evidentemente è causa di cambiamento del contenuto della servitù, e perciò da questo punto di vista merita uno studio a parte per vedere di conciliare il concetto del mantenimento dello *statu quo ante* (*res ut est ita sit*) collo spostamento del luogo serviente, richiesto *nunc* dalla necessità talora e talora dall'opportunità di rendere giuridicamente possibile l'esercizio del diritto di servitù. Il cambiamento di contenuto nella servitù è perciò l'occasione migliore per esaminare un fenomeno giuridico, il quale si specializza, mentre potrebbe essere considerato come prodotto generico dei principî del minimo mezzo.

Per certo, lo spostamento del luogo serviente, dal punto di vista della struttura della servitù, non è davvero un fenomeno senza significato. Sembrerebbe che, trattandosi di fondo serviente ad altro fondo, e non del semplice sentiero dell'uno di essi fondi che serva all'altro fondo, fosse indifferente

Digitized by Google

che si spostasse in un modo qualsiasi, diremo così, il tramite, il veicolo della servitù; perciocchè in tutti i casi sembrerebbe doversi intendere che l'un fondo servisse all'altro, in modo diverso, ma sempre collo stesso contenuto di servitù. Anche a parte il divieto di mutare la direzione della via e il concetto che, determinato una volta il luogo serviente, le parti rimanenti del fondo debbano intendersi come libere (L. 9, Dig. 8, 1; l. 13, § 1, Dig. 8, 3), è evidente che il fondo dominante o il proprietario del fondo dominante non può certo umanamente esercitare in un tempo o con alternative di tempo sistematicamente il suo diritto su tutte quante le zolle del fondo; altrimenti il diritto di servitù si convertirebbe in un diritto vero e proprio d'occupazione superficiale di tutto il fondo. Vi è una difficoltà: e la difficoltà è costituita dall'interpretazione della l. 13, Dig. 8, 3, in cui GIAVOLENO dichiarava (§ 1) che, se tutto il campo è soggetto alla servitù del passaggio o dell'*actus*, il proprietario del fondo serviente non può fare in quel campo cosa alcuna che impedisca tal servitù, la quale si estende per modo che ogni gleba è tenuta a servire. Ma il frammento di GIAVOLENO va inteso tutto intiero e non in qualche singola parte. GIAVOLENO prosegue dicendo che se il diritto di passaggio o di condotta è legato senza alcuna determinazione di luogo, si dovrà subito determinarlo e la servitù sarà costituita sopra quella parte del fondo che sarà determinata, le altre parti rimanendo libere; per la qual cosa in entrambi i casi doversi assegnare un arbitro per determinare il luogo del concentramento dell' esercizio della servitù. Nel § 2 aggiunge ancora che la larghezza del sentiero destinato all' *iter* o all'*actus* (è sempre di queste due servitù che per ora si parla) è quella determinata dalle parti, e, se nulla fu stabilito intorno a ciò, la misura della servitù dev'essere stabilita da un arbitro; nella strada peraltro la cosa essere differente, perchè, se non fu stabilita la larghezza dell'*iter*, questa deve corrispondere alla larghezza stabilita dalla legge. Che se fu nominato un luogo senza indicarne la larghezza, si può andare per qualsivoglia parte di quello; che se non fu stabilito nè il luogo nè la larghezza, l'*iter* si può esercitare a scelta sopra qualsiasi parte del fondo, ma solamente per la larghezza

Digitized by Google

determinata dalle leggi, e in caso di dubbio deve invocarsi l'ufficio dell'arbitro. Insomma, esaminando bene questo frammento di GIAVOLENO, si trova che anzitutto, quando si parla di *totus ager* o di *pars agri*, s' intende sempre riferirsi all'esercizio della servitù, che, prima del suo concentramento mercè l'opera dell'arbitro, si trova diffusa su tutta quanta la superficie del fondo, talchè il proprietario del fondo serviente nulla può fare per obbligare il concentramento in una anzichè in altra parte del fondo stesso; e il medesimo dicasi quanto alla larghezza dell'*actus* e dell'*iter*, mentre per la *via* si adotta, in caso di silenzio nell'atto costitutivo, la larghezza legale. Ma evidentemente questo concentramento dell'esercizio della servitù e i suoi effetti irrevocabili, quanto all'esercizio della servitù, non tolgono affatto che possa dirsi che tutto intiero uno di questi fondi serva al dominante, per la ragione evidentissima che appunto questo rapporto servile di fondo a fondo è la causale dell'esercizio della servitù attraverso il fondo serviente: questo rapporto preesiste al concentramento dell'esercizio della servitù e di questo concentramento è appunto la causa determinante, la vera causa. Anche la via deve concentrarsi in una data parte del fondo, e, concentrata che sia, in quel luogo deve esercitarsi: *per totum fundum una debet eligi via* oppure *per locum nominatum qualibet iri potest*, intendendosi per *locus* una superficie certamente diversa dal fondo benchè più ampia di quella che potrebbe risultare dalla determinazione di un arbitro. Così tra la *via* da un canto, l'*iter* e l'*actus* dall'altro, in ordine al concentramento dell'esercizio della servitù, non resterebbe altra differenza, tranne quella che la *via* potrebbe esercitarsi sopra una zona (*locus*) del fondo anche superiore ai bisogni materiali del fondo dominante, appunto perchè l'esercizio della *via*, quantunque occasionato dal rapporto tra i fondi per la vicinanza loro, tuttavia è essenzialmente tradotto a beneficio della persona del proprietario del fondo dominante, il quale ne gode come ne godrebbe se si trattasse di un semplice diritto d'uso personale indipendente dal rapporto dei fondi e dal servizio della vicinanza. E poi la semplice *via* è meno dannosa per il fondo serviente di quello che può essere l'*iter* o l'*actus;* oltredichè è quasi impossibile

Digitized by Google

determinare alle orme del piede umano dei punti costanti che esse con precisione matematica debbano seguire ogni volta che torna a passare per lo stesso luogo. Ma, o che si tratti di un *locus* o di una *via* in tutto il fondo, il concentramento nell'un modo o nell'altro avviene, ed avviene malgrado che la servitù sussista sempre da fondo a fondo, e sebbene le parti restanti del fondo serviente non entrino più a far parte dell'esercizio del gravame della servitù stessa. Non può dunque ritenersi che il concentramento dell'esercizio della servitù alteri la struttura dei rapporti tra il fondo dominante e il fondo serviente, e perciò non può dirsi, in senso contrario, che lo spostamento di quell'esercizio possa avere significato alcuno sulla struttura del rapporto fondamentale di servitù.

La questione, praticamente, si concentrerà nel vedere che cosa accada qualora la servitù sia già stata concentrata per il suo esercizio in una data superficie o zona di percorso, e poi il fondo serviente si scinda in due porzioni: l'una alienata ad altro proprietario e l'altra rimasta al proprietario originario e sulla quale ultima si concentrava sino allora l'esercizio della servitù. Ora, per questo fatto della scissione del fondo serviente in due parti, risulta o può quanto meno risultare menomata nel proprietario del fondo dominante la facoltà dello spostamento del *locus qui servit?* Ed è quindi d'uopo il ritenere che, malgrado l'alienazione, la servitù persista su tutto il fondo originario, dimodochè la zona per lo esercizio della servitù possa trasportarsi anche nella parte del fondo venduta successivamente? Certo è che, nei rapporti reali, il passaggio di tutto o di parte del fondo dominante o del serviente da uno ad altro proprietario non importa alcun mutamento di posizione giuridica, perchè appunto la portata del diritto reale è questa e si manifesta specialmente in occasione dei trapassi di proprietà, parziali o totali che siano. Lo spostamento del luogo serviente, come facoltà o possibilità di esercizio, forma un diritto acquisito al proprietario del fondo dominante che non gli può essere impedito di esercitare, sempre nei limiti indicati dalla legge e sotto le condizioni dalla legge stessa prescritte. Se non fosse possibile lo spostamento, il diritto reale insisterebbe soltanto su quella parte del fondo nella quale la servitù si esercita;

Digitized by Google

ma, poichè per la sua origine il diritto stesso investe tutto quanto il fondo serviente, così evidentemente si ammette lo spostamento della località d'esercizio, poichè appunto spostamento dell'esercizio del diritto e realità del diritto esteso a tutto il fondo sono due concetti che si completano e si determinano a vicenda; talchè, se, per un'ipotesi qualsivoglia, si volesse ritenere giustificata la soppressione della facoltà dello spostamento, il diritto di servitù si convertirebbe e si concentrerebbe perfettamente nel luogo di esercizio della servitù stessa e tutto il resto del fondo non servirebbe attualmente, nè potrebbe mai servire agli effetti del rapporto reale. E poichè, quando si parla di fondo serviente, non s'intende alludere al soggetto passivo della servitù, perchè soggetto attivo o passivo della servitù è sempre l'uomo; evidentemente quì si è inteso parlare piuttosto di oggetto della servitù stessa: ma il fondo serviente, per essere l'oggetto della servitù, dev'essere tutto quanto effettivamente o potenzialmente esposto al servizio, quantunque l'esercizio della servitù si localizzi in una data superficie od estensione del fondo serviente, lasciando libera la superficie rimanente. La indeterminatezza del percorso della *via*, dell'*iter*, dell'*actus* non può persistere o durare a lungo, dappoichè nel fondo serviente, prima o dopo, per la natura stessa delle cose e dell'esercizio del diritto, deve compiersi una specificazione locale o territoriale della servitù di cui si tratta: questa non è legge del minimo mezzo, ma necessità imprescindibile di esercizio del diritto. Che una tale specificazione o determinazione di luoghi possa essere cambiata in seguito non significa già che la facoltà di spostare la localizzazione della servitù sia sempre possibile e costituisca una facoltà illimitata nel proprietario del fondo dominante o nel proprietario del fondo serviente; questa facoltà è limitata *civiliter*, vale a dire a seconda delle consuetudini della vita civile e della possibilità logica, umana di contemperare discretamente lo esercizio dei vari diritti sulle cose in modo che ne risulti armonia esterna e serietà di propositi, e suppone naturalmente non già volontà di angariare o di opprimere od anche soltanto di stancare l'altra parte, ma un interesse vero e veramente sentito e manifestatosi per l'esercizio del diritto

Digitized by Google

di proprietà e lo sfruttamento delle utilità del fondo proprio. Evidentemente, non è neppure impossibile o divietata la restituzione della servitù sulla medesima zona d'esercizio ch'era stata prima determinata e che poi fu cambiata per effetto dello spostamento giuridicamente ammesso. Se si mutasse di continuo, ad esempio, la direzione della via, accadrebbe, come notammo, che non solo si affermerebbe con troppa energia l'esposizione del fondo serviente all'esercizio della servitù, ma, con lesione evidente della legge economica del minimo mezzo, si traviserebbe l'indole obbiettiva e la natura pratica della servitù di transito, anche oltre a qualsivoglia intensità di bisogno che immaginar si possa nel fondo dominante e nel proprietario di esso fondo. Nè in verità si sa trovare alcuna contraddizione nel fatto che tutto un fondo sia sottoposto ad un dato genere di servitù, benchè una sola parte di esso sia gravata dell' esercizio della servitù stessa; perciocchè il fondo è considerato come un'unità sempre, un'unità giuridica che non è punto contrariata nè compromessa dalla modalità dell'esercizio limitata ad una parte e ristretta in quella per naturale necessità di cose. E, poichè questa è un'unità reale, vuol dire che qualsivoglia passaggio che la cosa faccia da una ad altra mano, anche soltanto parziale o frazionario, non compromette il valore e l'esistenza di una tale unità che originariamente è stata determinata e che, appunto come reale, non può essere compromessa da parziali smembramenti del fondo; purchè non vi consenta il proprietario del fondo dominante, con idea di novare il proprio diritto di servitù restringendolo ad una zona più limitata di quanto fino allora era o poteva essere. La legge del minimo mezzo entra dunque in tal caso non tanto a giustificazione dello spostamento, quanto come giustificazione delle limitazioni sue; nel senso, che non si debba causare collo spostamento un minor comodo al proprietario del fondo dominante nè maggior danno al proprietario del fondo serviente.

36. Per la giurisprudenza sull'art. 645 (spostamento del luogo serviente) si può richiamare una sentenza 19 luglio 1894 della Cassazione di Palermo, Montalto c. Battiati. In materia di diritto transitorio, per l'art. 622 delle leggi civili del 1819,

Digitized by Google

la servitù poteva spostarsi ad istanza di *chi la soffriva*, purchè il trasferimento e la variazione dei luoghi non ne facessero scemare l'uso, nè la rendessero incomoda a chi aveva diritto di esercitarla; ma la giurisprudenza accordava tale diritto anche a colui che godeva della servitù, purchè lo spostamento non ne rendesse più grave il peso al proprietario del fondo serviente. Quella ch'era giurisprudenza prima, diventò legge col nostro Codice civile; e questa facoltà tanto più perciò può accordarsi a coloro che godevano la servitù sotto l'impero della legge del 1819, essendo inspirata ad un principio di diritto naturale — *quod tibi non nocet et alteri prodest facile est concedendum.* — Quanto alle servitù di prospetto, chi sostituisce una finestra ad un'altra cui si è acquistato il diritto, elevandola contro lo stesso muro senza ingrandirlo, non fa che esercitare in diversa maniera la servitù che ha goduto; ma, siccome è possibile che l'innalzamento della finestra di prospetto possa rendere più grave l'esercizio della servitù, in tali materie è sempre necessario aver presente la condizione che non si presenti alcun aggravamento nelle condizioni del fondo serviente. Che se la modificazione della finestra aggrava l'esercizio della servitù, si debbono ridurre le cose *in pristinum*, senza sopprimere la servitù continua ed apparente del prospetto, quando legalmente acquistata (*Foro catan.*, 1894, p. 182). La questione altamente interessante di adattare questo spostamento, come rivelazione di egual servizio dovuto al fondo dominante da ciascuna parte del fondo serviente, colla concentrazione già avvenuta della servitù in una data parte del fondo serviente e che potrebbe sembrare irrevocabile, a quanto noi sappiamo non è stata trattata ancora dalla giurisprudenza, in occasione di alcuna controversia pratica. Eppure anche in questo caso la sicurezza e la nitidezza delle pratiche applicazioni dipende dal porre i principî nel modo più esatto possibile, in modo che la posizione risulti netta e precisa, senza che la pratica discordi dalla teoria. Specialmente poi, sembra non essersi presentato mai il caso che il fondo serviente siasi smembrato in più parti e che si tratti di spostare la *via* da una parte all'altra del fondo originario, ossia dalla parte ch'è proprietà dell'uno alla parte ch'è proprietà dell'altro proprietario.

Digitized by Google

CAPO V.

I soggetti nell'esercizio attivo e passivo della servitù.

37. Influenza, sul contenuto della servitù, degli atti superflui del proprietario del fondo serviente. — 38. Inerzia di esso nel cooperare all'esercizio della servitù. — 39. Intromissione del proprietario del fondo dominante sul fondo serviente per l'esercizio della servitù. — 40. Suo contegno e sue minori facoltà in confronto col proprietario del fondo dominante.

37. Nell' esercizio e nella sofferenza di un gravame di servitù reale, può anche aversi riguardo all' atteggiamento e alla posizione dei soggetti così attivo come passivo, vale a dire del proprietario del fondo dominante e del proprietario del fondo serviente. Evidentemente, la materia bruta rimane in quell'attitudine di produzione o di sfruttamento nella quale gli uomini la lasciano per volontà propria; soltanto racchiude in sè delle forze che non possono essere utilizzate tranne che in date maniere e con date specie di sfruttamento. Un terreno argilloso non potrà essere sfruttato o adoperato come un terreno calcareo, evidentemente; ma l'adoperarlo in un modo o nell'altro, sempre conformemente alla sua tendenza e alla sua natura, è un fatto volontario umano. Di più anche le modalità del gravame secondo i tempi hanno stretta attinenza con la gradazione dell'azione umana; ed anche giuridicamente il fatto delle oscillazioni nell'esercizio delle servitù può presentare una certa importanza pratica.

Se si tratta di modalità indistintamente prodotte da uno stesso diritto di servitù su fondo altrui, potrebbe anzitutto farsi la domanda se l'adoperare una modalità più tenue e meno accentuata nell'esercizio della servitù precluda la via ad accentuare posteriormente in una forma più gravosa di esercizio l'attuazione della servitù medesima. In altri termini si domanda se una data forma di esercizio di servitù si renda imprescindibile dopo una lunga osservanza in un modo determinato: o se, dopo di averla adempiuta in un modo più tenue e limitato, sia dato di rincarare la dose ed instaurarne l'esercizio in tutta la sua pienezza; vale a dire se si prescriva non solo la servitù, ma un determinato modo di esercizio

Digitized by Google

della servitù, in guisa che, pur restando identico l'istituto giuridico, non sia dato cambiarne le modalità di esecuzione. La qual proposizione di quesito vuol conciliarsi coll'altra che una servitù cambiando quantitativo oneroso può e non può, a seconda dei casi, cambiare indole e contenuto; e, anche se il nome e la categoria rimangono gli stessi, può avverarsi che la servitù cambi. Anzitutto noi dobbiamo infatti richiamare alla nostra mente che ci troviamo nel campo delle limitazioni alla proprietà, e che perciò ogni interpretazione ammissiva di gravame non può essere intesa che in senso ben ristretto e limitato al puro convenuto e non oltre; e che, oltre ai limiti dello stretto convenuto od acquistato per lungo uso, si entrerebbe nel campo di una limitazione arbitraria. Ma, quando si tratta di servitù discontinue ed è in facoltà dell'utente od esercente di replicare più o meno spesso gli atti d'esercizio, in tal caso evidentemente non potrà dirsi che il precedente di un uso meno gravoso escluda il susseguente di un uso più gravoso o ad intervalli più serrati; essendo una tale oscillazione o variazione della stessa indole della servitù di cui si tratta. La servitù di passaggio, ad esempio, quando non è espressamente limitata, può essere esercitata più o meno spesso, non può certamente essere esercitata di continuo; e, se ha dei limiti, questa variabilità quantitativa di atti si ritenga entro i limiti che ad essa sono imposti, ed in tali limiti appunto si ammetta e si giustifichi. Ma, se si tratta di servitù continue e se le modalità dell'esercizio dipendono dal lungo uso o dal titolo costitutivo, in tale ipotesi il soggetto attivo della servitù non può a suo migliore agio diminuire od aumentare la frequenza dell'esercizio, poichè gli è divietato ed anzi è nella natura del diritto della servitù costituita che si abbia ad estrinsecarla in quella determinata misura e non altrimenti. Questo fatto del soggetto attivo ed anche la sofferenza stessa del soggetto passivo della servitù a che la servitù in oggetto sia esercitata in un modo anzichè in un altro, con intensità maggiore o minore secondochè il titolo lo comporta, sono dunque fatti realmente insignificanti per il contenuto economico della servitù stessa, da oscillazione ad oscillazione. La prescrizione del resto di un modo facoltativo nell'esercizio di una servitù è senz'altro

Digitized by Google

eliminata dal principio costante: *in facultativis non datur praescriptio.*

Il soffrente fa atti superflui per facilitare all'altra parte l'esercizio del diritto di servitù, mentre non ha obbligo di ciò fare; questi atti superflui lo vincoleranno anche in avvenire, per tutto quanto il periodo di esercizio della servitù? Non sembra giusto; poichè appunto, trattandosi di atti superflui, si tratta anche di atti facoltativi. Ma se questi atti non contrastano col titolo e colla natura della servitù, anzi possono avere un diretto rapporto colla servitù stessa di cui agevolano l'esercizio, non vi è ragione alcuna per non ammettere dall'altra parte l'usucapione dello stato di servitù che corrisponde all'esercizio di simili atti; in altri termini per non ammettere l'usucapione di questi atti, che così vengono ad essere obbligatori per la parte soffrente l'onere della servitù, in quanto caratterizzano e completano un tale onere. In tal caso l'attività del soggetto passivo della servitù, contraria al proprio interesse di esercitare il possesso nella pienezza che corrisponde all'integrità della servitù, può considerarsi quasi come un *modus* nell'esercizio della servitù stessa, inscindibile da tutte le altre modalità e contingenze che formano l'esercizio della servitù stessa e costituente parte di un'unità perfetta, e parte essenziale o quasi incardinata e compenetrata nella figura giuridica, il cui meccanismo ci è dinanzi agli occhi. Che cosa avverrebbe se questa parte di contenuto, consistente nella cooperazione diretta del proprietario del fondo serviente, rimanesse eliminata? Evidentemente, dato il nesso intimo ed essenziale tra quest'azione cooperativa e l'organismo intiero della servitù o il suo congegno funzionale, se questo avvenisse, la stessa servitù considerata come istituto completo e specifico già delineato dovrebbe cedere il posto ad una nuova servitù dotata di modalità diverse, o per lo meno in questa nuova servitù trasformarsi. Or non è già che non sia possibile nella servitù come in ogni altro istituto giuridico la trasformazione da una forma precedente in una forma nuova, ma questa trasformazione importa un nuovo ordine d'idee e di fenomeni giuridici che si debbono sottoporre ad un novello esame, e prima di tutto sulla loro legittimità, vale a dire su ciò che veramente essi siano il prodotto reale di una

Digitized by Google

posizione giuridica non viziata, non arbitraria, non fittizia. Quando essi atti, considerati per sè, sarebbero adatti ad essere usucapiti come servitù *ex novo*, nulla si oppone a che possano essere usucapiti come determinazione di aggravamento del vincolo preesistente; per la qual cosa debbono essere sottoposti a possesso dell'altra parte nelle forme e colle regole solite. Quel che ci preme di osservare è che la parte contro la quale si compie l'usucapione della servitù non ha scampo nella limitazione del titolo costitutivo, allorchè un tale esercizio esorbiti dai limiti del titolo costitutivo stesso; come non avrebbe scampo nella mancanza di un titolo costitutivo qualsiasi, quando la servitù si usucapisse senza titolo. Ma si faccia l'ipotesi che atti di questa specie siano in aperto contrasto col titolo, perchè trasformino non già quantitativamente, ma sostanzialmente il contenuto della servitù; allora non solo non sarà molto naturale far conto che vi sia la buona fede, ma ancora sarà il caso di sorprendere nel possesso una molteplicità di vizi che facciano ostacolo all'usucapione, la quale così resterà profondamente contrariata fino ad essere ritenuta impossibile ed esclusa. Basta la considerazione della mala fede di chi aspira all'usucapione contro le risultanze di un titolo del quale conosce il contenuto, per convincersi che in tal caso, quando gli atti cioè di sofferenza importino una trasformazione sostanziale della servitù originaria con vero e proprio cambiamento di contenuto, è giuocoforza ritenere che questi atti non possano formare il sostrato d'una usucapione della servitù così sostanzialmente trasformata. Nè giova il riflettere che così la condizione di colui che pretende di usucapire rimane grandemente peggiorata in confronto di quanto accadrebbe se mancasse del tutto il titolo; ciò è vero, ma non strano nè inutile, poichè il diritto origina dal fatto e la posizione di fatto va considerata tutta intiera in ogni sua singola manifestazione.

38. Ma ora facciamo l'ipotesi che il soggetto passivo, o per il titolo costitutivo o per la natura stessa della servitù obbligato a prestare la sua cooperazione nell'esercizio della servitù stessa facendo qualche cosa, si astenga dal fare ciò a cui lo rende obbligato il titolo costitutivo stesso o la natura

Digitized by Google

della servitù che si esercita; in tal caso evidentemente deve esservi un mezzo per ricondurlo sul sentiero del suo dovere giuridico. Quale però sarà un siffatto mezzo? Nessuno può essere, materialmente e direttamente parlando, costretto a fare; tanto se il fatto si riferisca all'esercizio d'una servitù, quanto se si riferisca a qualsiasi altro diritto che cada in esercizio. Però anche qui converrà esaminare alquanto obbiettivamente l'atto o fatto di cui si tratta. Se noi abbiamo sotto agli occhi un atto o fatto isolato, che per sè abbia vita indipendente e possa formare senza il contributo di altri elementi il sostrato di un istituto giuridico, in tal caso la contestazione su questo fatto si traduce e si converte realmente nella contestazione sull'esistenza stessa dell'istituto del quale l'atto forma il contenuto. Quindi, dal momento che fosse riconosciuta giudizialmente l'esistenza di un tale istituto, difficilmente la parte obbligata a fare potrebbe trovare un pretesto plausibile per sottrarsi ad un tale impegno che costituisce l'attuazione sostanziale del vincolo giuridico. Ciò nelle servitù non accade. Il proprietario del fondo serviente può avere in taluni casi l'obbligazione di fare (p. es., l'onere di restaurar la parete nella servitù di sopporto, sostegno od immissione); ma questa sua obbligazione di fare non è continua, non si attua sempre, bensì solo in certi determinati casi, in circostanze anormali e a periodi saltuari. Ordinariamente, la servitù si esercita senza un tale concorso dell'opera sua: la parete sta e resiste di per sè senza riparazioni, nè il proprietario, sol per sottrarsi all'esercizio di una servitù, ordinariamente è proclive a far ruinare la parete stessa. Una cosa sola cercherà, molto probabilmente: il concorso pecuniario del proprietario del fondo dominante, qualora sia stato promesso nel titolo costitutivo. Possiamo soltanto concepire come atto emulativo, come atto dispettoso quello del proprietario del fondo serviente che s'induca a far perire la sua cosa sol per impedire al vicino l'esercizio della servitù; ciò accadendo, evidentemente non potrà il proprietario del fondo dominante pretendere ch'egli per forza debba ricostruire la parete o risarcirla in modo che si renda atta alla servitù. Ma allora in che si tradurrà l'essenza e l'esercizio del suo diritto reale? Se di diritto reale si parla, sembra naturale che egli, pro-

Digitized by Google

prietario del fondo dominante, abbia e possa esercitare sul fondo serviente qualche facoltà di più di quella che potrebbe competergli, più o meno direttamente, nell'esercizio di un diritto di semplice obbligazione, tenuto conto del suo diritto come di un diritto frazionario della proprietà. Ma in che potrebbe consistere questa facoltà di più? La rovina della parete, data la natura della servitù, equivale al perimento della cosa serviente; tanto è se tutta la casa sia stata inabissata da una voragine o distrutta da un terremoto, quanto se la sola parete serviente sia rimasta, o perchè diruta o perchè insufficiente al sostegno od all'appoggio per una causa qualsiasi, inutilizzabile allo scopo della servitù per fatto o trascuranza del proprietario del fondo serviente. Tutto si riduce alla fine nella liquidazione dei danni: vuol dire che, trattandosi di dolo o di colpa, questa è fonte di danni maggiori per il diritto reale che non per il semplice diritto personale, e il giudice rincarerà ben ragionevolmente la dose sull'autore del dispetto o dell'atto emulativo, senza che neppure in questo caso il proprietario del fondo dominante abbia il diritto d'invadere l'area o il domicilio del proprietario del fondo serviente per farvi le opere che ritiene necessarie per la ricostituzione del muro almeno in istato da servirgli. Questa facoltà eccederebbe certamente i limiti di una per quanto lata manutenzione: senza contare che la manutenzione non si dà per opera e a diligenza del proprietario del fondo dominante ma per tolleranza e diligenza del proprietario del fondo serviente. Alla manutenzione ad ogni modo è estraneo il concetto di un concorso attivo operante, come per la rifazione del muro. Che cosa si può fare se la natura degli edifizi non si presta come la natura dei fondi rustici ad una vigorosa e piena traduzione pratica del concetto astratto, e, diciamo pure, ideale, del diritto reale che persegue la cosa, su cui si esplica, ovunque, presso ogni proprietario, in qualsivoglia stadio o fenomeno della sua esistenza, per qualsivoglia trasformazione che sia come le trasformazioni ordinarie comportabile con la destinazione del fondo stesso a quel dato sfruttamento per la servitù? Se i fondi rustici, pur malgrado le trasformazioni più profonde della superficie o del suolo, sono sempre adatti all'esercizio della servitù di passaggio

Digitized by Google

per un percorso più lungo o più breve, questa non è che la mera e semplice conseguenza della sua naturale struttura a differenza dalla struttura dell'edificio ch'è il prodotto della mano dell'uomo e che solo in certe condizioni può sostenere la trave o il peso dell'edificio vicino; e, siccome scaturisce dalla diversità delle condizioni di fatto, ossia dalla diversa facilità di distruzione o d'inutilizzazione, volontaria o fortuita, dell'uno o dell'altro fondo, non può non influenzare direttamente anche il rapporto giuridico di servitù, fino a farlo presentare come dotato di maggior vitalità in un caso e di vitalità minore nell'altro. E per quanti freni o rimedi si possano praticamente immaginare per prevenire un tale decadimento del fondo serviente, non a tutti essi si potrà prestare il congegno giuridico del rapporto di servitù, dovendo lottare e col rispetto alla proprietà e col rispetto alla libertà individuale. E neppure a rimedi postumi il diritto potrà avvisare, quando questi rimedi producano una delle accennate e viete lesioni; talchè può darsi, per le servitù degli edifici in ispecie, che talora il diritto reale di servitù perisca (e come del resto potrebbe, sol perchè reale, mantenersi immortale, mentre tutti i diritti nascono, vivono e muoiono?) affogando, per così dire, sia pure in un'abbondante rifazione di danni, come compenso se pure adeguato, pur sempre e necessariamente indiretto e insufficiente in confronto colla natura del diritto reale, così profondamente diverso dal diritto personale che finisce col sostituirlo. Non è dunque l'ostacolo desunto dal principio *servitus in faciendo consistere nequit*, che può determinare l'impossibilità del mantenimento della servitù e del vincolo che ne deriva; ma è l'ostacolo ben più generale e praticamente insormontabile dell'esautorazione del diritto all'esecuzione forzata contro la persona o sulle pertinenze domiciliari della persona, quando si tratta di diritti privati e non di diritti pubblici. Questa deficienza del diritto non è meramente strumentale, talchè possa confidarsi in una costruzione od evoluzione futura che permetta di riempire la lacuna, ma è deficienza, per così dire, naturale, in quanto deriva di piena necessità dalla natura delle cose e dalla conformazione generica dei vincoli giuridici; è la deficienza dell'azione isolata, grazie all'integrazione dell'azione di contemperamento

Digitized by Google

delle sfere giuridiche dei singoli che vengono a trovarsi in rapporto giuridico scambievole; è un prodotto del congegno stesso funzionale, in cui l'interesse e il diritto generale non è mai perduto di mira di fronte all'interesse e al diritto del singolo. Un solo parziale rimedio è possibile in questi casi, e indiretto; esso è dovuto al diritto pubblico, anzi, più precisamente, alla facoltà regolamentare dei Comuni in materia edilizia. Se una casa resta scoperta da un lato perchè un muro n'è diruto, ragioni di ornato e di sicurezza alla vigilante potestà regolamentare consigliano di prescrivere che quel muro sia rifatto, se non si preferisca demolire intieramente la casa. Che se l'atto emulativo o dispettoso non si arresta neppure di fronte a questa considerevole perdita pecuniaria che deriva dalla demolizione dell'intiera casa, devesi concludere che la rabbia del proprietario del fondo serviente è più forte del diritto, più forte dello stesso interesse, e rientra nella serie di quei fenomeni patologici che appartengono al campo di scienze aliene dalle considerazioni del mio e del tuo e dal contemperamento del diritto patrimoniale di un consociato con quello patrimoniale di ciascuno degli altri consociati. Ma, ripetiamo, non si può pretendere dal diritto che avvisi a provvedimenti infallibili e radicali per giungere alla conservazione intiera e completa delle cose poste tra loro in rapporto oggettivo, di cui le persone dei rispettivi proprietari non costituiscono che i soggetti, attivo o passivo. La sola potestà politica, per ragioni d'ordine e d'interesse e più anche di diritto pubblico, ha talvolta il mezzo legale per entrare nella sfera di attività dei privati e sostituirsi alla loro azione e correggere efficacemente la loro inerzia; ma i poteri pubblici in questo servono il pubblico e non il privato, che a tanta tutela non potrebbe mai legittimamente aspirare. L'esecuzione forzata è data infine per concretare il diritto patrimoniale; ma l'esecuzione forzata, alla quale concorre lo Stato, non è data se non allorquando il diritto reale, e sia pure il diritto di servitù, si è già convertito e tradotto in un diritto patrimoniale. Ed è esecuzione forzata essenzialmente patrimoniale, non reale nel senso che colpisca quel determinato bene, in ispecie bene immobiliare, sul quale cadeva obbiettivamente il diritto che ora si tratta di salva-

Digitized by Google

guardare come si può senza urtare contro altri principî giuridici, generali anch'essi e degni del massimo rispetto come i diritti reali e i diritti di credito. Lo Stato, ch'è il difensore di tutti i diritti e dei diritti di tutti nel loro armonico contemperamento per il diritto pubblico e per l'interesse generale, non può e non deve certamente prestare i suoi uscieri e gli agenti della sua forza per obbligare il proprietario del fondo serviente a ricostituire la casa o a rimettere in piedi in istato di sfruttamento per la servitù un muro che non presenti alcun pericolo per la sicurezza pubblica, solo per fare il comodo del proprietario del fondo dominante a cui si debba l'appoggio od il sostegno.

39. Una volta, nei procedimenti per la realizzazione di diritti patrimoniali a favore del fisco, in taluni Stati (e specie nel vecchio Stato Pontificio) era uso accordare la cosiddetta manoregia (1) come mezzo di esecuzione privilegiata e più o mena violenta contro i beni del debitore. Messo il principio del privilegio del fisco patrimoniale dello Stato o della sua Camera erariale, potevasi evidentemente concepire anche la ingerenza ufficiosa coi mezzi riservati ai pubblici poteri, consistente nel fare d'ufficio sull'altrui proprietà e a spese del proprietario del fondo serviente quelle opere che il proprietario stesso si fosse rifiutato di eseguire valendosi del suo diritto di resistere ad ogni obbligo di fare direttamente. L'esecuzione d'ufficio, dato il privilegio del fisco non solo in materia di contribuzioni ma e nella pura materia patrimoniale, non poteva trovare, dato il sistema, ostacolo alcuno, anzi maggiore agevolazione perchè si trattava di conseguire in forma reale il proprio diritto, ossia di dargli quella attuazione esterna che appariva più confacente con la sua natura particolare. Oggidì tuttavia, per regola generale e secondo il diritto pubblico moderno, questi metodi non sono più in vigore: l'esecuzione privilegiata è data soltanto per ragion d'imposte e non per ragioni patrimoniali, e l'Amministrazione in materia di diritti privati *iure utitur privatorum*, perchè

(1) In taluni casi, questo mezzo di esecuzione è anche oggi mantenuto nelle provincie corrispondenti all'ex-Stato pontificio.

Digitized by Google

altrimenti il diritto privato assumerebbe la veste ibrida di diritto pubblico pur non cambiando nè contenuto nè oggetto e solo grazie ad un arbitrio del potere esecutivo. Quello che, malgrado tutto, rimane sempre caratteristico nel diritto reale si è che l'esercizio del diritto stesso non si sposta nè si attenua e molto meno si estingue per il passaggio del fondo serviente da un vecchio ad un nuovo proprietario, non già per il fatto che il secondo proprietario abbia causa dal primo, ma semplicemente per la sua insistenza sul fondo serviente, malgrado ogni passaggio di quel fondo da un proprietario all'altro e senza aver considerazione affatto a simili passaggi.

Per questo la natura del diritto reale si conserva e si afferma in forma caratteristica con tale persistenza ed insistenza sul fondo: e la servitù, in quanto è diritto reale, non presenta aspetto di diritto obbligatorio e si contraddistingue unicamente da un tale punto di vista. Non è dunque la ricerca e la concessione d'ingiustificabili privilegi in sede esecutiva, non è la pretesa di spingere una punta della propria azione fin nel diritto di proprietà, anzi nell'esercizio di questo diritto, quasi invadendo la cosa per esercitare su di essa accanto al proprietario il diritto frazionario, mentr'egli esercitava il diritto pieno colle menomazioni dovute all'esercizio della servitù. Si tratta semplicemente di non esorbitare dal diritto reale e nel tempo stesso di emanciparsi dal diritto personale: in altri termini il diritto di proprietà, anche di fronte all'esercizio di un diritto di servitù deve mantenere la sua prevalenza; e la prevalenza sua consiste nell'escludere che altri, sia pure lo stesso titolare di un diritto reale, eseguisca nel suo fondo delle opere arrogandosi un potere o un diritto di padronanza e di pieno esercizio che non può avere se non il proprietario. Se il dominante potesse entrare nel serviente per rialzare la parete che a lui deve, ma non dà più l'appoggio, egli evidentemente si metterebbe al luogo del proprietario del fondo serviente, almeno finchè e per il tempo che gli è necessario a ricostruire il muro: dovrebbe quindi potervi penetrare con materiali e personale di operai, mentre il contenuto della servitù importa soltanto che appoggi e non anche che faccia delle opere sull'edifizio serviente, e neppure semplicemente il muro che è necessario al sostegno

Digitized by Google

o all'immissione in cui la servitù consiste. È dunque sommamente necessario di non confondere il contenuto della servitù, che può anche comprendere la facoltà d'intromissione del proprietario del fondo dominante nel fondo serviente, col contenuto delle opere di adattamento del fondo serviente agli scopi della servitù (adattamento che non autorizza mai una speciale introduzione del proprietario stesso dominante nel fondo che gli presta il servigio di cui si tratta); e ciò anche se l'incontro dell'esercizio del diritto di servitù attiva col contemporaneo esercizio del diritto di proprietà sia e costituisca un'intromissione più forte del proprietario del fondo dominante, di quanto possa ritenersi accadere qualora al proprietario del fondo dominante fosse data facoltà di penetrare nel fondo serviente, per rimetterlo in istato di servizio. Supponiamo, a mo' d'esempio, un diritto di passaggio su fondo altrui. Il proprietario del fondo dominante può transitare per il fondo serviente quando meglio e quando più a lui talenta, perchè la servitù di cui si tratta non ha limitazioni di tempo nè di durata. Ora il proprietario del fondo dominante che può passare quanto vuole, innanzi e indietro, per il fondo serviente, a stretto rigore non potrebbe soffermarsi neppure un istante per accomodare un poco colle sue proprie mani la via destinata al suo transito, sgombrandola dagli ingombri o nettandola dai rifiuti: molto meno poi potrebbe condurvi operai per spandervi ghiaia o assodarla o provvedere in altro simile modo alla manutenzione di essa, poichè la manutenzione della strada è appunto soltanto cosa del proprietario del fondo sul quale la strada stessa è praticata. Egli potrà rivolgere tutte le intimazioni che vorrà al proprietario del fondo serviente perchè ciò faccia, chiamarlo magari in giudizio e fargli assaporare anche qualche condanna ai danni o se non altro ad adattare il fondo serviente stesso agli scopi della servitù; ma non potrà, neppure a proprie spese, qualora il proprietario lo vieti, introdursi nel fondo serviente all'unico scopo di metterlo in istato da prestar servigio secondo la sua destinazione, per poco incomodo che possa recare al fondo serviente stesso.

È proprio questione di portata del diritto di servitù attiva e conviene evitare che questo diritto venga a cozzare con quello esclusivo del proprietario del fondo stesso serviente: il

Digitized by Google

magistero dei limiti reciproci di questi due diritti, per quanto sia difficile, pur tuttavia non è tanto involuto che non dia ragione di decidere non potersi autorizzare il proprietario del fondo dominante a penetrare nel fondo serviente all'infuori del puro esercizio del suo diritto di passaggio; altrimenti si cadrebbe nell'arbitrio, togliendone a pretesto un diritto che per sua indole dev'essere limitato al puro necessario. E qui si può notare che il puro necessario non si pesa già nè si misura, ma soltanto vuole proporzionarsi e valutarsi in rapporto col contenuto e colla portata della servitù alla quale si riferisce: e però dire il puro necessario per l'esercizio di una data servitù non sempre può nè deve necessariamente essere meno che dire anche il sovrabbondante per accudire ad un lavoro di adattamento del fondo serviente per l'esercizio della servitù. Qui appunto troverà luogo l'applicazione della legge del minimo mezzo, nel senso che l'esercizio stesso del diritto di servitù dev'essere limitato quanto più è possibile di fronte al diritto di proprietà, che, nei casi di dubbia interpretazione, ottiene naturalmente la preferenza: per la qual cosa il soggetto attivo dovrà limitare i suoi comodi e le sue convenienze ad un contenuto effettivo della servitù che non si allontani dal suo contenuto ideale anzi vi corrisponda, mentre il soggetto passivo, secondo la definizione della servitù, per gli atti coi quali manifesta come proprietario della cosa serviente il suo possesso sulla medesima, deve rivelarsi chiaramente e veramente dotato di uno *ius optimum maximum* o di un diritto nella sua vera pienezza su tutta quanta la cosa e la sua attitudine allo sfruttamento, salve sempre, beninteso, le limitazioni dovute alla coesistenza e al contemporaneo legittimo esercizio di uno o più diritti di servitù. Ma vi deve sempre essere la possibilità, anzi la facilità di distinguere tra il possesso ch'è esercitato come corrispondente al diritto di proprietà e quella qualsiasi facoltà reale che è esercitata come corrispondente al diritto di servitù attiva: questa differenza non può dissimularsi, anzi deve mantenersi, come accade in quei diritti i quali accanto alla pienezza del loro esercizio hanno qualche limite.

Nella storia del diritto, forse si aspetta ancora la ricostruzione del concetto di diritto ottimo massimo, secondo l'an-

Digitized by Google

tica concezione romana; ma fatta una tale ricostruzione delle poche figure di diritti di questa specie si verrebbe naturalmente a questo: che tali diritti si presentino per natura loro come dotati della stessa intensità predominante, anche se intaccati da qualche diritto frazionario, il quale potrà diminuire il quantitativo, il peso del diritto che si traduce in esercizio, ma assolutamente non farà cambiargli indole o portata. Se invece il proprietario del fondo dominante non solo avesse diritto di concorrere agli atti esterni di possesso o di uso del fondo serviente, ma anche avesse facoltà di penetrare e adoperarsi nel fondo serviente stesso sia pure per adattarlo o mantenerlo disposto all'uso e allo sfruttamento della servitù, basterebbe questo per rivelare nel proprietario del fondo dominante un'intromissione esorbitante dal puro necessario per l'esercizio diretto della servitù stessa e nel proprietario del fondo serviente un onere ingiusto ed eccessivo, non giustificato neppure per il rapporto di mezzo a fine, perciocchè il fatto della destinazione del fondo serviente, anche in contrasto coll'esercizio della servitù, è sempre il risultato di una prerogativa inscindibile appunto dal diritto ottimo massimo della proprietà o del dominio. E il contrasto praticamente si risolve, salvi i mezzi giuridici di riparazione, nella preferenza accordata al diritto di proprietà che non si trova di fronte alla semplice parentesi dell'esercizio del diritto di servitù, ma si trova di fronte ad un vero e proprio fatto di destinazione, per quanto connesso coll'esercizio di un diritto di servitù. La libertà della sfera d'azione del proprietario deve all'occasione tradursi anche nella libertà della contraddizione all'esercizio o della proibizione dell'esercizio di un diritto reale, perchè per contrariare questa sua, per quanto illegittima, attività, sarebbe d'uopo addirittura contrastargli il possesso della cosa, quale gli spetta indubbiamente per diritto di proprietà.

40. Quanto al proprietario del fondo dominante, considerato come soggetto attivo nell'esercizio del diritto di servitù, la sua posizione, per quanto concerne il puro esercizio della servitù che gli compete, non sembra che offra gran che di singolare o di straordinario. Il comportamento del soggetto

Digitized by Google

attivo di una servitù prediale è semplice e ben delineato: le facoltà ch'egli ha per lo sfruttamento o per un qualsiasi godimento del fondo serviente non oltrepassano il contenuto della servitù. Per avvisare a queste facoltà del proprietario del fondo dominante e spiegarsele a dovere è d'uopo forse di ricorrere a qualche concetto tecnico speciale, che in questo incontro dell'esercizio della servitù ponga in rapporto diretto e speciale il proprietario del fondo dominante col fondo serviente, determini un'individuazione concreta dell'azione di quel proprietario su questo fondo e costituisca una specie di personificazione del fondo dominante stesso nel suo proprietario che opera in attuazione dell'istituto concreto della servitù? No: non v'ha diritto, la cui attuazione, il cui esercizio non sia naturalmente accordato e attinente all'attività dell'uomo; non v'ha diritto neppur reale, il quale non si concreti praticamente nell'opera dell'uomo e nell'esteriore manifestazione dell'attività di qualche soggetto operante; poichè di tutti i diritti è soggetto l'uomo e tutti i diritti definitivamente vanno a refluire a suo beneficio e a sua soddisfazione oppure a suo detrimento e a sua perdita, secondo che si considera il soggetto come attivo o come passivo del diritto di che trattasi. Lo stato attivo di un soggetto deve però trovare esattamente il suo riscontro nello stato passivo dell'altro soggetto: tra queste due posizioni di diritto e di fatto non deve esservi discordanza nè contrasto, ma esse si debbono completare a vicenda nella unità dell'istituto giuridico che si ha in esame.

Oltre a ciò, tra l'azione e la sofferenza dell'uno e dell'altro soggetto non deve esservi intermediario alcuno nè operante nè paziente: altrimenti il rapporto giuridico verrebbe a complicarsi e non si potrebbe ridurre ad una semplice servitù, e forse in taluni casi neppure rivestirebbe la indole della servitù. Il soggetto attivo della servitù deve rispettare i limiti tutti imposti alla servitù stessa dall'atto costitutivo, oppure quelli che risultano dal modo speciale che valse per l'acquisto di quella servitù; ma entro i confini di queste facoltà può spaziare a suo bell'agio, senza che un lungo uso fatto in termini ristretti possa danneggiare un uso posteriore da farsi o che si vorrebbe fare in termini più

Digitized by Google

ampi; per la ragione semplicissima che contro i diritti facoltativi non corre prescrizione. Or dunque il soggetto attivo della servitù, allorquando si muove nella sfera delle sue facoltà, non ha d'uopo di alcun permesso del proprietario del fondo serviente, nè è tenuto a significargli prima o volta per volta la propria intenzione di approfittare o di approfittare in un determinato modo della facoltà di servirsi dell'altrui fondo per gli scopi della servitù. Un particolare interessa chiarire: ed è che cosa avvenga o debba avvenire in caso di contrasto tra il proprietario del fondo serviente nell'esercizio del diritto di proprietà e il proprietario del fondo dominante nell'esercizio del diritto di servitù sopra il solo e medesimo fondo. In caso di un tale contrasto o collisione, quando l'esercizio dell'uno dei due proprietari venisse a contraddire coll'esercizio dell'altro proprietario, evidentemente la preferenza dovrebbe accordarsi al proprietario del fondo serviente, appunto perchè egli trovasi ad esercitare il suo diritto ottimo massimo, vale a dire il diritto di proprietà nella sua pienezza, nella sua intera manifestazione. Il caso non è difficile a verificarsi per le varie specie delle servitù di transito. Io ho il diritto di transitare sul fondo del vicino coi miei veicoli e traini campestri; è la stagione della vendemmia e la strada destinata al transito è così stretta che più di un carro o traino alla volta per trasporto di uve non vi cape. Io proprietario del fondo dominante ho già pronti i carichi ed attaccate le bestie da soma per trascinarli, mentre i conduttori altro non attendono che il mio segnale di partenza per muovere sulla via del vicino. Ma in questo stesso istante il proprietario del fondo serviente mi fa avvertire che i suoi traini, magari sempre per il trasporto di uve da pigiare, sono pronti e percorrono già il viottolo di transito; talchè i miei veicoli debbono attendere che i suoi siano passati per passare alla loro volta: altrimenti lo scontro in due diverse direzioni costringerebbe gli uni o gli altri a retrocedere con perdita di tempo e fatica. Qualora la buona educazione e i rapporti di buon vicinato non valgano a vincere il conflitto, il magistrato dovrebbe dar ragione al proprietario del fondo serviente, semprechè non venga alla luce l'intenzione di atti emulativi, che pongono sempre da parte del torto chi li fa. Quando adunque il proprietario del

Digitized by Google

fondo serviente ha terminato di far passare i suoi traini ed ha, come suol dirsi, terminato il fatto suo, allora io, proprietario del fondo dominante, posso, nell'esercizio del mio diritto di servitù, introdurre i veicoli per il viottolo di transito senza che il proprietario del fondo serviente possa più impedirmelo.

Anche per questo riguardo, ed in ispecie anche per distinguere e caratterizzare gli atti emulativi, le consuetudini dei luoghi dovranno essere grandemente rispettate e tenute in conto, nel senso di uniformarvisi da una parte e dall'altra, cioè dalla parte del proprietario del fondo dominante e dalla parte del proprietario del fondo serviente, quando la convenzione tace o è di dubbia interpretazione. La qual cosa si avvera non pure nell'esercizio del diritto di servitù, ma nell'esercizio di tutti i diritti patrimoniali e nell'esecuzione di ogni contratto anche avente per oggetto diritti personali. Però, anche se la consuetudine offre una latitudine tra i confini della quale si possa dall'una delle parti o da entrambe spaziare, essa deve intendersi sempre nel senso più favorevole al proprietario del fondo serviente e nel senso meno benevolo al proprietario del fondo dominante, il quale deve sempre ricordarsi di essere nell'esercizio non di un diritto pieno, ma di un diritto frazionario, subordinato appunto allo esercizio del diritto pieno, ch'è in prima linea. Il soggetto attivo peraltro, è bene notare, può anche servirsi di strumenti umani, nell'esercizio del suo diritto stesso; il proprietario del fondo dominante può avere dei ministri, degli operai, dei facitori, dei coloni, i quali abbiano incarico di trasportare veicoli, materiali, prodotti del suolo e via discorrendo; or questi strumenti per certo non sono essi i soggetti attivi della servitù, ma ne tengono le veci nell'esercizio effettivo della servitù stessa e fungono da commessi, da incaricati, da mandatari, e nulla più.

A dire esattamente, l'esercizio della servitù è e rimane sempre nel proprietario del fondo dominante, il quale si serve di simili intermediari soltanto perchè non può o non basta a far da sè, ma non perchè con questo voglia o possa in un modo qualsiasi cambiare la natura o la struttura della servitù, poichè in tal caso non si vede nè più nè meno che la figura

Digitized by Google

del rappresentante, dell'esecutore materiale: per la qual cosa questi esecutori materiali non rappresentano nè soggetti attivi nè soggetti passivi della servitù. Questa loro intromissione non offre difficoltà alcuna nella costruzione della servitù, come non ne offre nella costruzione di qualsiasi altro istituto giuridico. Nè questa intromissione di persone che rappresentino il titolare della servitù impedisce che si trovi la perfetta rispondenza pratica ed attuazione di quanto risulta per la definizione della servitù e per il contrapposto di essa col diritto di proprietà: la servitù è come una parentesi che, se discontinua di tanto in quando, si pone al diritto del proprietario del fondo serviente, e di cui l'esercizio si rivela esternamente assai meno accentuato dell'esercizio del diritto di proprietà. Il proprietario si vedrà passare liberamente per le vie interne del suo fondo, fermarsi a suo piacere anche per propria dilettazione, per proprio sollazzo, esaminare lo stato delle piante e della vegetazione, fermarsi all'ombra delle siepi lungamente ed anche a causa di semplice ricreamento del corpo e dello spirito: colui invece il quale esercita una servitù di passaggio o di traino dei propri veicoli si sente quasi come un intruso, e tale è per gran parte, anche dal punto di vista giuridico; perciò, se ha educazione e vera coscienza della sua posizione, non solo cercherà di evitare ogni urto ed ogni attrito col proprietario, ma anche si guarderà bene dall'abusare, dallo eccedere nell'esercizio delle sue attività, anche quando ritenga di poterlo fare impunemente per difetto di sorveglianza da parte del proprietario del fondo serviente. Agire a questo modo rivelerebbe davvero una perfetta coscienza giuridica, una giusta percezione dei propri doveri accanto a quella dei propri diritti; in altri termini un profondo sentimento civile, quale nelle nostre città si ha quasi mai e talvolta ci è dato invece riscontrare nelle nostre campagne per la timidità del carattere degli agricoltori e per il naturale timore di prendersi addosso dei fastidi o di richiamare sopra di sè delle domande giudiziali.

Lo stesso, fatte le debite differenze consigliate dalla diversa natura dei diritti, accade anche quanto all'esercizio contemporaneo di diritti che formano oggetto di comunione: molta educazione civile si richiede per non ledersi scambie-

Digitized by Google

volmente, per non dar luogo a domande di risarcimento, a recriminazioni, ad animosità che, quando si avverano, assottigliano e rendono intollerabile non la sola vita giuridica, ma la vita ordinaria e giornaliera specialmente nelle campagne e nei piccoli centri di popolazione. È impossibile coi soli mezzi che fornisce il diritto ottenere la perfezione desiderabile nei rapporti di comunione e di servitù; vi saranno sempre delle contraddizioni, delle stonature, delle lacune che non si potranno mai riempire, praticamente, per quanto si possa fare della eccellente teoria e per quanto un'oculata giurisprudenza voglia prevenire e disciplinare gli inconvenienti, ismussare le angolosità e far trionfare l'equità dei rapporti di buona vicinanza sullo stretto diritto, che non di rado può anche dare alimento e materia alle rappresaglie più deplorevoli. E, se appunto è indispensabile ricorrere all'educazione civile e alla coscienza della necessità di una vita armonica e amichevole massimamente tra vicini, il diritto, nella sua parte precettiva, può e deve almeno inculcare la vera concezione e la vera costruzione del diritto di servitù e le sue differenze dal diritto di proprietà; per determinare almeno quali siano le attribuzioni e i limiti dell'azione dei due soggetti, attivo e passivo, della servitù stessa.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

REGOLE GENERALI

Bibliografia.

BARTHOLOMAEI. — *Dissertatio an servitutes oppignorari possint;* Jena 1812.

BIANCHI. — *Sulla inalienabilità delle servitù prediali* (*Studi Senesi*, vol. III, pag. 85-134).

Id. — *La regola « servitus servitutis esse non potest » nel diritto vigente* (*Rivista italiana di scienze giuridiche;* Roma, Loescher, vol. II, 47).

BRUGI. — *Sulla impignorabilità delle servitù prediali* (nota *a* al § 664 del lib. 8 delle *Pandette* del GLÜCK).

Id. — *Il principio « servitus servitutis esse non potest » in diritto romano e nel diritto italiano* (Appendice 2ª alla trad. del lib. 8°, tit. 1°, delle *Pandette* del GLÜCK).

Id. — *Il requisito dell'utilità nelle servitù prediali* (*Archivio giuridico*, XXIII, pag. 237 e seg.).

BUONAMICI. — *Servitus servitutis esse non potest:* ultima lezione di *Pandette*, dell'anno accad. 1897-98, nella Università di Pisa; Pisa, Vannucchi, 1898.

DAVID. — *Untheilbarkeit der Servituten;* Tübingen 1888.

EISELE. — *Intorno al pignoramento di servitù* (*Archivio per la pratica civile*, vol. XV, pag. 113 e seg.).

GAEDKE. — *An et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit;* Rost 1826.

GIRTANNER. — *De dividua quae est praediorum servitutum natura;* Heidelberg 1847.

HEINZELMANN. — *Die Untheilbarkeit der Servituten;* Nördlingen 1854.

HÖLDER. — *Ueber die Anwendung der Verpfändung auf « servitutes urbanae »* (in *Archiv f. d. civ. Praxis*, Bd. LXIII (1880), 5, 113-121).

KEPP. — *Ueber die Verpfändung von « iura in re », insbesondere des Pfandrechts* (in *Archiv f. die civ. Praxis*, Bd. XIII (1830), 5, 343-380; und Bd. XV (1832), 5, 79-88).

LONGO. — *La indivisibilità delle servitù;* Palermo 1891, 2ª edizione.

Digitized by Google

MOEGLING JAC FRID. — *De iure et modo utendi servitutibus rusticis;* Tübingen 1736.

PEROZZI. — *Fructus servitutis esse non potest (Bollettino dell'istituto di diritto romano,* vol. VI, pagina 1-36, con note dello SCIALOIA a pag. 37 e 38).

PICINELLI. — *Il pegno di servitù prediale;* Firenze 1884.

RUBO. — *Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen;* Berlin 1822, pag. 39 e 122.

SCIALOIA. — *Facoltà di dare in pegno le servitù urbane* (Hölder, *Archivio giuridico,* XXV, pag. 494-496).

Id. — *La regola « servitus servitutis esse non potest »* (*Studî Senesi,* 1884, pag. 109-126).

UHLAND (presso Gmelin). — *Dissertatio de servitutum natura dividua et individua;* Tübingen 1810.

Le servitù prediali sono anch'esse sottoposte a regole generali, le quali, benchè scaturiscano necessariamente e logicamente dalla loro struttura, tuttavia meritano peculiare considerazione e una rassegna accurata quanto mai per evitare malintesi e per limitare il concetto giuridico nei suoi giusti confini. Non conviene certamente perdere mai di vista il concetto che le servitù prediali sono, per così dire, una particella della proprietà: non già perchè materialmente una particella cada dal fondo serviente e sia raccolta materialmente dal fondo dominante o dal suo proprietario per appropriarsela, ma perchè la natura del diritto di servitù è tale da completare il diritto di proprietà per un verso e per l'altro verso non toglie allo *ius optimum maximum* del proprietario sul fondo a carico del quale è imposta. L'istituto della servitù poi, preso nella sua essenza ma staccato per riavvicinarlo agli altri istituti che compongono l'insieme del sistema patrimoniale-giuridico, deve essere armonizzato completamente in ogni sua parte cogli altri istituti e specialmente con quello della proprietà, per togliergli tutte le asperità, le angolosità che potrebbero con quelli e con questo in ispecie renderlo incompatibile. La ricerca pertanto delle regole generali applicate all'essenza e al funzionamento delle servitù non è solo ricerca di filosofia giuridica, ma altresì ricerca pratica e richiesta dalle necessità del fôro. L'accortezza grande nel determinare queste regole consiste in non perder mai di vista, accanto al giuridico, l'aspetto econo-

Digitized by Google

mico degli istituti, e viceversa; e nel completare l'uno coll'altro, senza perdere neppure di mira tutti quegli interessi agricoli o edilizi che (armonicamente coll'interesse generale) possono determinare una speciale destinazione del padre di famiglia nel modo presumibilmente più adatto alla migliore utilizzazione della proprietà tanto dominante quanto serviente. Il lavoro di sintesi, sui risultati dell'analisi che la precede, dev'essere completo e sempre coordinato con tutti gli aspetti della posizione giuridico-economica della proprietà e delle servitù tanto prese di per sè isolatamente, quanto nei rapporti reciproci; per la qual cosa dal modo di fissare bene queste regole e la loro portata deriva poi l'esattezza dell'applicazione alla parte speciale, ed anche la facilità di una tale applicazione. Evidentemente, il rapporto di servitù, come rapporto di fatto e non soltanto ideale, va considerato nel suo insieme giuridico ed economico, cercando di completare l'uno coll'altro riflesso, le esigenze del diritto colle esigenze dello sfruttamento economico: in considerazione che tra questi due rapporti non deve esservi contrasto, ma armonia perfetta; non potendosi concepire un rapporto giuridico senza le utilità che da esso derivano a coloro che vi prendono parte; nè d'altro canto essendo civile concepire un rapporto brutale di utilità fisica o finanziaria senza lo spirito informatore e moderatore del diritto, il cui còmpito è quello di disciplinare le forze della natura e gli istinti dell'uomo per rendere possibile la consociazione.

Le servitù prediali possono certamente essere guidate da regole generali, le quali tutte attengono direttamente alla loro essenza: queste regole generali sono come altrettanti capisaldi sui quali si aggirano le diverse applicazioni pratiche, in quanto esse sono e possono essere svariatissime. La necessità di fissare bene queste regole in materia di servitù è grande. In primo luogo è più che mai necessario il fissare a differenza delle servitù dalla proprietà talune regole caratteristiche, infallibili, che appunto valgano a liberare dal pericolo di attribuire alla servitù ciò che invece spetta alla proprietà. Queste regole generali possono per gran parte discendere dalla definizione stessa della servitù quale fu data, ossia dal lavorio sintetico di ricostruzione dell'essenza della servitù

Digitized by Google

stessa, anzichè dallo studio analitico delle principali servitù e specialmente delle servitù tipiche. Questo secondo studio sulle servitù tipiche (studio più o meno analitico e dettagliato) potrà servire a rafforzare quei principî, non a fondarli o a determinarne la posizione: poichè anzi lo sviluppo di questi tipi vuol essere raffrenato e contenuto acciò non esorbiti dalla giusta sfera del tipo rispettivo e non dia luogo ad abusi o irregolarità di svolgimento. Questi principî o capisaldi noi abbiamo creduto di ridurre principalmente su cinque capi: legge del minimo mezzo, indivisibilità, utilità, pignorabilità, possibilità di obbligazione. Di questi capi taluni includono affermazione sicura di requisito giuridico: e sono la legge del minimo mezzo, la indivisibilità, la utilità; altri includono un dubbio, come la pignorabilità o meno, la possibilità o meno di obbligazione. La legge del minimo mezzo non è un principio esclusivo per le servitù prediali, ma è un dato economico che ricorre in tutti quanti gli istituti giuridici e specialmente in quelli che servono di limitazione ad altri istituti giuridici pieni e intieri nella comprensione loro ottima massima, e più specialmente ancora che servono di limitazione al diritto di proprietà. Le applicazioni di questa legge in materia di servitù vogliono essere bensì molto accurate e armonizzare assai diligentemente colla definizione data del diritto di servitù prediale. Quanto alla indivisibilità della servitù, conviene esaminare la causa, l'esercizio e l'insistenza reale del diritto di servitù così in riguardo al fondo dominante, come in riguardo al fondo serviente, e vedere fino a qual punto l'unità giuridica del diritto di servitù può avere come conseguenza una simile indivisibilità. Quanto all'utilità, non si può certamente prescindere dall'influenza della volontà dell'uomo, in quanto una tale volontà imprime al fondo dominante e al serviente una determinata destinazione che deve armonizzare col contenuto della servitù e che della servitù stessa ben di sovente è causa sostanziale: la qual cosa accade sovrattutto nelle servitù costituite per fatto dell'uomo. Circa alla pignorabilità, si domanda se si possa stabilire una perfetta tradizione giuridica e un perfetto legame tra i principî della giurisprudenza romana e quelli delle legislazioni moderne. Se le servitù prediali siano pas-

Digitized by Google

sibili di obbligazione: anche questo è un altro quesito che merita una speciale attenzione, quantunque possa estendersi quasi negli stessi termini a tutti i diritti reali di qualunque specie siano, anche diversi dalle servitù propriamente dette. E poi è anche a vedere se ed in quanto le obbligazioni possano rivolgersi sulle servitù prediali senza guastarne l'indole e la portata, ma pur con efficienza ed influenza anche diretta sull'esercizio delle servitù stesse.

Evidentemente, lo studio di queste regole e la risoluzione di questi quesiti, insieme agli elementi di struttura, tende a completare la definizione data della servitù prediale e a mostrare il concetto di questo istituto apertamente, in tutta la sua ampiezza e nelle varie possibilità della sua determinazione. Noi crediamo di aver toccato di tutti i capisaldi necessari all'intelligenza della definizione e della portata di essa: vi potranno essere altri punti di vista a seconda dei casi e della pratica conformazione di un dato rapporto, ma questi punti di vista non potranno che aggirarsi intorno ai capisaldi stessi da noi fissati e presentarne forse altri aspetti, ma non mai (per quanto noi crediamo) cambiarne la sostanza e la determinazione fondamentale. Si noti ancora che le regole da noi esposte sono tra loro connesse in guisa da formare quasi un'unità inscindibile, appunto come rivelatrice dell'essenza delle servitù prediali e della loro giuridica vitalità e del loro contenuto pratico: in guisa che, posti bene questi principî relativi all'essenza delle servitù prediali, può dirsi di avere in mano quasi la chiave per la valutazione giuridica di qualsiasi rapporto di servitù, in guisa che alla soluzione di ogni quesito relativo all'essenza e al comportamento del corrispondente negozio giuridico si può giungere per via di ragionamento in forma assai agevole e piana.

La determinazione dei veri e sostanziali caratteri d'una servitù prediale c'induce anche ad escludere dal novero delle servitù quelle figure giuridiche che possono sembrare di avere colle servitù stesse una maggiore o minore attinenza ma in fondo, a bene esaminare, vere servitù non sono, o perchè non oltrepassano la sfera dei diritti reali, o anche perchè talora si fermano nelle spettanze della semplice obbligazione. Nè è a censurare il metodo di raggruppare a prin

Digitized by Google

cipî fissi e teorici taluni principî che potrebbero essere abbandonati all'applicazione di casi singoli: poichè questo bisogno di generalizzazione è inseparabile da qualsivoglia ordine di cognizioni sistematiche e scientifiche. Nella determinazione di questi capisaldi, quantunque il fatto non debba scompagnarsi dal diritto, è tuttavia buona regola non cadere nell'empirismo o nella casistica, vale a dire tenersi possibilmente ai principî, pur dando ad essi riscontro nei fatti, ma viceversa non rendersi mancipî dei fatti abbandonando la rettitudine e la ragionevolezza dei principî teorici. Il caso è buono per l'applicazione della regola, non per la creazione della regola stessa: e quando si è posta bene una regola teorica, non deve mai abbandonare la fiducia di vedere quella regola confermata e applicata convenientemente nei fatti e nei varî casi speciali, che alla regola stessa servono quasi di riscontro e di conferma. Nè è a meravigliarsi che colla legge del minimo mezzo si riproduca qui un criterio moderatore che è comune a tutti quanti gli istituti giuridici: perciocchè appunto, trattandosi di una regola economica così vasta e comprensiva, la quale non è propria soltanto del campo delle ricerche giuridiche, ma appartiene a molte scienze sociali, l'applicazione potrebbe apparirne alquanto impacciata. Ma è appunto questa legge, la quale, sollevando la materia alla dignità d'un ordine di cognizioni sociali elevato, nobilita e rende maggiormente interessanti le nostre ricerche, ma soprattutto rompe quell'aridità che a tutta prima sembra congiunta con questo genere di ricerche. Lo studio delle servitù prediali ci apparisce così come lo studio d'un ordine di rapporti eminentemente sociali, nella sistemazione e per la sistemazione della proprietà in modo da soddisfare e gli interessi egoistici dell'individuo, e questi interessi temperati col grande interesse sociale, e questo interesse sociale contemperato cogli interessi individuali.

Un tal desiderio, una tale tendenza al contemperamento si riscontra sin nell'antica giurisprudenza romana, anzi in essa in forma storicamente e tipicamente più decisiva che nei diritti moderni, i quali sono tutti più o meno predominati dall'influenza regolamentare dello Stato al di sopra e all'infuori dell'interesse sociale autonomo: e così viene

Digitized by Google

a smentirsi nella forma più solenne quell'affermazione, parto di menti superficiali e monche, che il diritto di proprietà ottimo massimo o quiritario fosse in diritto romano la negazione più aperta della proprietà quale oggi l'intendiamo coi suoi contemperamenti nell'interesse sociale. Quest'accusa infondata e insipiente non ha ancora ceduto purtroppo ai lumi della sana critica; e spetta ancora ai tecnici di combatterla in un campo più ristretto per poi averne ragione nel campo generale della coltura giuridica ed anche in seguito nel campo ben più vasto delle scienze sociali. Alla teoria delle servitù è dunque affidata per gran parte, non diremo la riabilitazione, ma la difesa efficace del sistema del diritto romano dalle calunnie che attaccano specialmente la organizzazione della proprietà. Nè l'esame e l'applicazione della legge del minimo mezzo sono a questo riguardo senza utilità pratica; dappoichè non solo il contenuto della servitù vi trova una determinazione precisa, ma ed anche il contenuto dell'esercizio della servitù stessa: talchè molte volte la sicurezza nei principî che sono la conseguenza di questa legge è destinata a togliere le più gravi incertezze, specialmente nell'ipotesi di conflitto tra una via da seguire e l'altra. Spesse volte, come vedemmo, l'esercizio del diritto di proprietà può venire in collisione coll'esercizio del diritto di servitù e viceversa; in tali casi la presenza di norme che limitino al puro necessario l'esercizio della servitù, analogamente alle tendenze e allo scopo e alla causa di questi diritti parziari, non può essere che di utilità grandissima, incalcolabile quasi. Nelle più gravi difficoltà di applicazione, i principî generali ci debbono appunto essere sempre di guida, perchè noi non erriamo scambiando il diritto che limita con quello al quale la limitazione è imposta. Così la legge del minimo mezzo, applicata all'esercizio delle servitù, viene ad essere una specie di legge-limite, di legge di moderazione e di freno, colla quale e per la quale soltanto si rende possibile regolare il sistema patrimoniale, e per i rapporti di vicinanza, e fuori dei rapporti stessi, e se non altro per la possibilità della coesistenza sociale, dal punto di vista della destinazione.

Digitized by Google

CAPO I.

Legge del minimo mezzo.

41. Applicazione alla servitù di passaggio. — 42. Nelle opere di uso e di conservazione della servitù in generale. — 43. Al divieto generico delle innovazioni. — 44. Applicazione nel caso di divisione del fondo dominante. — 45. Ancora delle innovazioni: distinzione pratica. — 46. Applicazione nei casi dubbi. — 47. Criteri teorici e pratici sullo spostamento del luogo serviente.

41. La legge del minimo mezzo è designata per agire in tutti i rapporti giuridici anche di diritto singolare od eccezionale: nessuna disciplina può sottrarsene, perciocchè si tratta di economizzare nell'ordine delle conoscenze e nell'ordine pratico; ed oltre di ciò è argomento questo necessario in ogni caso nel quale si tratti di armonizzare un diritto pieno, ottimo, massimo (quale la proprietà) colle limitazioni impostegli dalla ragione sociale e dagli interessi altrui. E però la limitazione al diritto del proprietario deve essere contenuta in limiti ristrettissimi: tanto che, quando vi è controversia tra l'ammettere e non ammettere un dato atto di servitù e la controversia degenera nel dubbio, nell'incertezza, la risoluzione non può essere che una sola, e cioè in favore della proprietà e della libertà dell'esercizio della proprietà. Ora si tratta piuttosto di vedere e determinare in qual modo e sotto quali forme si manifesti giuridicamente questa legge economica del minimo mezzo nella dottrina delle servitù. Manifestazioni apposite ed adeguate di questo principio e di queste limitazioni si trovano ad ogni passo nella dottrina della proprietà e della servitù, ma non sempre sono riconosciute e determinate a dovere, poichè è possibile deviare dalla natura giuridica dei fatti, sottoponendo questi ad un esame meramente superficiale.

Per verità, molta parte del contenuto di questa legge risulta, almeno nelle sue linee generali, dalla definizione stessa della servitù, come è stata data e commentata a suo luogo: senonchè, venendo ad esaminare le singole manife-

Digitized by Google

stazioni di siffatti limiti, possono incontrarsi difficoltà di non lieve momento, in teoria. Ma in pratica è compito delle legislazioni positive di esplicare con precetti concreti la portata di questa legge e la sua influenza pratica. Nel nostro codice possiamo averne senz'altro un esempio nell'art. 593, primo alinea, per quanto concerne la servitù di passaggio da un fondo circondato, per fondi altrui, alla via pubblica; questo passaggio è necessario, per disposizione di legge, ma deve stabilirsi in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve e riesca di minor danno al fondo o fondi su cui viene concesso. Ora il superlativo di brevità e d'innocuità è rapportato ad un termine concreto minimo, che rappresenta il fabbisogno del proprietario del fondo intercluso. E notisi che questa prescrizione di minimo può anche portare come conseguenza necessaria che il proprietario del fondo dominante debba essere costretto, per rispettare il limite della legge, a modificare in tutto o in parte la destinazione del suo fondo e rimuovere taluni ostacoli provenienti, a mo' d'esempio, dall'utilizzazione agricola del fondo stesso; perchè si tratti di cambiarne il genere di coltivazione o di sfruttamento. Anche in questo caso la legge impone che, non all'egoismo del proprietario del fondo dominante, ma ad un savio contemperamento e all'armonico esercizio dei due diritti di proprietà si limiti e si commisuri il sacrifizio che è obbligato a fare il proprietario del fondo serviente a favore del proprietario del fondo dominante. Per quest'ultimo lo avere un passaggio più breve non può essere certo di danno; anzi sarà indiscutibilmente di beneficio anche per esso, inquantochè di regola si troverà vantaggiato dal percorrere una minore strada per raggiungere la stessa meta, vale a dire la via pubblica. Pur tuttavia potrebbe darsi che, in causa del trasporto dei prodotti agricoli il proprietario del fondo dominante potesse trovare più comodo di seguire la via più lunga nel fondo serviente allo scopo di dare un migliore e più agevole esito a quei prodotti che fossero collocati o deposti in una parte del fondo dominante che confinasse col fondo serviente in una linea di confine, dalla quale, come punto di partenza del transito, non fosse agevole di percorrere la via più breve attraverso il fondo serviente fino all'imbocco

Digitized by Google

della via pubblica. In tal caso la servitù cosiddetta legale non assisterebbe gli interessi del proprietario del fondo dominante per il percorso più lungo: occorrerebbe una speciale convenzione, nella quale, derogandosi alla legge del minimo mezzo per le servitù prediali, si stabilisse appunto questo più lungo percorso e si autorizzasse il maggior danno al proprietario del fondo serviente. In tal caso il proprietario del fondo serviente non potrà lamentarsi nè gravarsi in alcun modo, perchè egli stesso ha acconsentito di privarsi del beneficio della legge per corrispettivo, od anche forse (ciò non si esclude) a titolo gratuito: la qual cosa è nei limiti precisi della materia contrattabile.

42. Altra disposizione di legge positiva nella quale si accenna alla norma del minimo mezzo è quella dell'art. 640 del Codice civile, nel quale a colui al quale è dovuta una servitù, s'impone di scegliere, nel fare le opere necessarie per usarne e conservarla, il tempo e il modo che sia per recare minore incomodo al proprietario del fondo serviente. In questa disposizione è da avvertire che non solo si divietano gli atti emulativi, ossia gli atti diretti evidentemente allo scopo di recare più incomodo di quanto ne sia necessario per l'esercizio della servitù; ma s'impone altresì uno studio, una cura speciale per recare il minor incomodo possibile. Insomma vi deve essere iniziativa operante, dalla parte di chi vuole uniformarsi volontariamente al precetto della legge, senza esservi obbligato per via giudiziale: la qual cosa non deve stupire, poichè fa rientrare vieppiù il compito del diritto nella sfera della morale e dei buoni uffici. Vi sono mille modi, nei rapporti privati, per mascherare gli atti emulativi e dar loro la parvenza del buon diritto, almeno finchè non siano portati ad un grado troppo spinto: come non è raro che si possa rasentare la proibizione della legge senza incapparvi dentro; però è anche possibile che la violazione si scorga senz'altro per il ravvicinamento del fatto al diritto, ossia per virtù delle disposizioni di legge, perchè quella violazione colla legge cozzi appunto apertamente. Limitandoci ora solo a tener conto del divieto e delle sanzioni affidate al diritto, anzitutto dobbiamo porre la nostra attenzione obbiettivamente

Digitized by Google

sul tempo e sul modo dell'esercizio della servitù di cui si tratta: poichè se il tempo e il modo di un tale esercizio ci appariscono eccessivi, evidentemente noi dobbiamo pensare alla violazione della legge e caratterizzare questo fatto col suo vero significato. Noi comprendiamo che, se si ammette per una volta la deroga alla legge del minimo mezzo, una tale deroga può ripetersi in parecchie altre occasioni e può produrre uno scompiglio e un disordine gravissimo in tutto quanto il campo del diritto. Ora è evidente che ogni elemento di disordine dev'essere evitato e contrariato nel campo del diritto pratico e quindi anche nella sua esteriore manifestazione: nè l'equilibrio dei diritti torna difficile, quando da una parte e dall'altra si proceda con eguale buona fede e spirito d'iniziativa.

43. Anche l'art. 646 del Codice civile vuole intendersi coordinato colla legge del minimo mezzo; colui che ha un diritto di servitù non può usarne, se non a norma del suo titolo e del suo possesso, e senza che tanto nel fondo servente quanto nel fondo dominante possa fare alcuna innovazione che renda più gravosa la condizione del primo. Questo divieto delle innovazioni, per evitare un maggiore aggravio nella servitù, non ad altro senza dubbio è dovuto fuorchè all'adempimento della legge del minimo mezzo, che nel caso nostro si traduce nel mantenimento dello *statu quo* di fatto com'era fin dall'epoca della costituzione della servitù. In verità molte volte il mantenimento di questo stato di fatto è mezzo per moderare l'esercizio della servitù nei limiti voluti dalla sua costituzione; ma talora è possibile anche attenuarne l'esercizio cambiando i modi primitivi di esso. Lo spostamento del luogo serviente è certo un fenomeno possibile nel diritto delle servitù e di questo ci occupiamo a suo luogo: ma ogni novità senza dubbio vuol essere rigorosamente sorvegliata per vedere dove conduce o può condurre e se sia dovuta all'iniziativa dell'interessato di buona fede, oppure all'emulazione. E, come lo spostamento del luogo serviente, possono esserci mille altre forme di cambiamento dell'originaria servitù, così come venne costituita per titolo e venne osservata per un più o meno lungo esercizio.

Digitized by Google

44. Anche in occasione della divisione del fondo dominante tra più proprietari si rivela l'applicazione della legge del minimo mezzo: talchè l'art. 644 dispone che, se il fondo a cui vantaggio fu stabilita una servitù viene diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione del fondo dominante, senza che si renda più gravosa la condizione del fondo serviente; così, trattandosi di un diritto di passaggio, ciascun proprietario di una porzione del fondo dominante deve usarne nello stesso luogo. Anzitutto dunque in questo articolo si riconosce che la servitù debba sopravvivere anche allo sminuzzamento del fondo dominante: perciocchè lo sminuzzamento in parti attribuite a proprietari diversi non è un fatto che trasformi od alteri la natura obbiettiva della servitù e dei fondi tra i quali questo rapporto intercede. Eppure naturalmente, dal punto di vista effettivo, questo sminuzzamento del fondo serviente non può non produrre in qualche modo un aggravamento nell'esercizio della servitù. Evidentemente, non è più una persona sola che per sè e per gli addetti al suo fondo abbia il diritto di passare attraverso il fondo altrui, ma sono tante persone e tanti interessi quanti i fondi: per la qual cosa il servigio si moltiplica e si diffonde. Ma questo aggravamento nell'esercizio della servitù era prevedibile, perchè di certo nel cozzo tra il diritto del proprietario confinario che vuol separare dal suo fondo qualche parte ed alienarla altrui e il diritto del proprietario del fondo serviente a far rimanere nello *statu quo* la proprietà e la destinazione del fondo dominante, naturalmente deve avere la preferenza il diritto del proprietario del fondo dominante, perchè è diritto ottimo massimo, diritto pieno ed assorbente.

E sarebbe strano infatti che il proprietario del fondo dominante non potesse alienare il suo fondo fuorchè per intiero, soltanto in riguardo della circostanza dell'avere egli il diritto di servitù sopra un altro fondo; perciocchè in tal caso l'esercizio di un diritto frazionario della proprietà impedirebbe in parte l'esercizio di un diritto di proprietà. Ma invece è certo che la libera disponibilità del proprio fondo, come manifestazione ad esercizio del diritto di proprietà sul medesimo, sussiste e persiste anche malgrado il sorgere di qualsivoglia rapporto di servitù: la proprietà mantiene sempre il suo

Digitized by Google

contenuto caratteristico ed essenziale; per perdere la facoltà dello sminuzzamento del fondo mercè alienazione di parte di esso converrebbe poter supporre che il fondo serviente, a sua volta, acquistasse sul fondo dominante come una servitù contraria, consistente nel divieto dello smembramento ed in armonia al concetto dello *statu quo ante: res ut est, ita sit.* Senonchè può anche suggerirsi al proprietario del fondo serviente l'obbiezione che al proprietario del dominante è dato benissimo di smembrare il suo fondo, ma con intesa che un tale smembramento non adduca alcun aggravio allo esercizio della servitù. La quale obbiezione ha una parvenza di equità e di fondatezza, a prima vista; ma evidentemente non considera che, come uno stato di fatto, così v'ha anche uno stato di diritto che rimonta ad epoca anteriore all'acquisto della servitù e ch'è d'uopo mantenere a sua volta: lo stato di diritto del proprietario che sino a quell'istante, senza alcuna difficoltà, avea potuto disporre nel modo migliore delle cose proprie, anche alienandole in parte. E, se lo aveva potuto sino allora, non può il proprietario del fondo serviente, per frastornare da sè l'estensione, già prevedibile, di un aggravio cominciato assai modestamente, mettersi in capo di prescindere dal fatto di più frazioni sostituite alla unità dominante e quindi di più proprietari o addetti ai fondi sostituiti al proprietario e agli addetti originari: l'eventualità e la possibilità di un tale cambiamento, diciamo pure, di destinazione, sussisteva sin dapprincipio ed era insita nel rapporto tra i due fondi; quindi nessuna sorpresa, nessuna anomalia, nessun attentato al fondo paziente della servitù. Perchè, in fondo, l'esercizio della servitù che questi proprietari delle frazioni del fondo dominante esercitano sul fondo serviente è limitato a sua volta al minimo possibile: perchè in fondo, anche aumentato il numero delle persone che usufruiscono della servitù per ragione di sminuzzamento di fondi, la servitù, come nell'esemplificazione del diritto di passaggio secondo l'art. 644, si esercita da tutti i singoli proprietari sullo stesso luogo di prima. Il principio che la servitù è dovuta a ciascuna porzione del fondo dominante è del resto un principio che discende dalla estensione e dal significato oggettivo della realtà del rapporto giuridico di

Digitized by Google

cui si tratta. Non potendosi adottare alcun criterio per specializzare la servitù piuttosto ad una che ad altra parte del fondo dominante, perchè in proposito non potrebbe assumersi criterio alcuno per decidere, è ben naturale che si debba stare strettamente al contenuto reale del rapporto, ritenere la servitù a favore del fondo dominante come a favore di una unità fisicamente divisibile ma idealmente persistente malgrado la divisione, di fronte all'esercizio della servitù. Lo stesso effetto si avrebbe qualora il proprietario originario si associasse *pro indiviso* dei comproprietari: egli e questi, grazie al comune rapporto sul fondo, avrebbero uguale diritto di usufruirne la servitù, perchè posti in eguale rapporto, non più colle parti, ma coll'unità del fondo dominante: ed ecco così vinte le difficoltà pratiche apparenti per l'aumentata quantità di persone che hanno il passaggio.

45. L'art. 646 Cod. civ., come si è visto, stabilisce anche esso un altro principio che ha stretta attinenza colla legge del minimo mezzo: colui che ha un diritto di servitù non può usarne se non a norma del suo titolo o del suo possesso, e senza che tanto nel fondo serviente quanto nel dominante possa fare alcuna innovazione che renda più gravosa la condizione del fondo serviente stesso. Il gravame del fondo serviente è quello che risulta dal possesso o dal titolo del proprietario del fondo dominante, e null'altro di più che questo: meno, se vuolsi, ma non più di tanto esso gravame può essere esercitato e rivolto sul fondo serviente nell'esercizio e per l'esercizio della servitù. *Res ut nunc est, ita sit:* lo stato effettivo dei fondi è quello che determina e dimostra la quantità della servitù e l'estensione di essa, se e finchè con argomenti validi non si riesce a provare che la servitù stessa abbia un'altra estensione. Nel tempo medesimo dunque noi abbiamo e riscontriamo due fenomeni: un primo fenomeno è quello che attiene alla presunzione che lo stato attuale dei fondi più o meno vicini sia corrispondente alla posizione giuridica dei fondi stessi; un secondo fenomeno è attinente alla legge del minimo mezzo ch'è essenzialmente direttiva in questi fenomeni di esercizio di un diritto limite o di un diritto parziario. Queste due circostanze concorrono a completare

Digitized by Google

la posizione giuridica ch'è unica e può considerarsi come la risultante di vari componenti che cooperano alla formazione di quella posizione determinata. Come si vede, la portata della legge moderatrice del minimo mezzo non si arresta all'esercizio della servitù direttamente sul fondo altrui, ma anche influisce nell'esercizio del diritto di proprietà sul fondo proprio, quando appunto l'esercizio di un tal diritto è preordinato a determinare un modo speciale di esercizio del diritto della servitù. Se questa maniera di esercizio del diritto di proprietà sul proprio fondo non supponesse direttamente e in forma non equivoca il voluto aggravamento dell'esercizio del diritto di servitù sul fondo altrui, per fermo non vi sarebbe nulla da osservare e l'esercizio del diritto di proprietà non potrebbe certamente essere impedito: ma quando le innovazioni fatte nel proprio fondo portino come conseguenza necessaria, inevitabile l'aggravamento dell'esercizio della servitù sul fondo serviente, allora evidentemente la conclusione è diversa e non si può esitare a ritenere tali atti, benchè sul fondo proprio, lesivi del diritto del proprietario del fondo gravato dell'esercizio della servitù, e conseguentemente a vietarli per legge di contemperamento della proprietà del fondo dominante colla servitù del fondo serviente; legge questa che coincide con quella del minimo mezzo nell'esercizio delle servitù e coll'altra della presunzione di assoluta pienezza nell'esercizio di un diritto ottimo massimo, qual è il diritto di proprietà.

Ma quì in pratica naturalmente sorgono delle difficoltà: perciocchè talvolta in pratica, per mascherare l'aggravamento di una servitù preesistente, si pretende di far passare la innovazione fatta nel fondo dominante o nel fondo serviente non già come una vera e propria innovazione apportata all'esercizio della prima servitù, ma piuttosto come atto d'esercizio di una servitù nuova che si sta costituendo a parte o per il titolo o per la osservanza. Ma quì deve soccorrere il giusto criterio di osservazione che ha o può avere l'interprete nell'esaminare cosiffatti rapporti. Se l'interprete si accorge che i nuovi atti non fanno se non costituire un aggravamento dell'esercizio precedente della servitù, non può certamente avvisare all'esercizio d'una servitù nuova, sotto qualsivoglia

Digitized by Google

aspetto la nuova configurazione stessa si voglia presentare. Così fu ritenuto che il sostituire una ad altra finestra nell'esercizio d'una servitù di prospetto non equivalga a creare una nuova servitù, ma soltanto a cambiare l'esercizio della servitù primitiva stessa: per la qual cosa, se una tal nuova finestra sostituita alla prima rende più gravosa la servitù di prospetto sul fondo del vicino, si ha proprio l'ipotesi dell'aggravamento o peggioramento del gravame della servitù primitiva, e non di un nuovo gravame in luogo del gravame primitivo (1). Fu altresì ritenuto che il ridurre a finestra di prospetto una semplice apertura praticata nel muro proprio dovesse pur significare cangiamento della servitù precedente anzichè costituzione d'una servitù nuova (2). Perciò in entrambe queste ipotesi parve si trattasse di un aggravamento dell'esercizio d'una servitù già in atto: aggravamento da doversi contenere e raffrenare in forza dell'articolo 646 Codice civile, ossia in forza della legge del minimo mezzo, quando naturalmente non sia sanzionato dal consenso del proprietario del fondo serviente. Nel qual caso anzi sarebbe da esaminare se per avventura non vi fosse una novazione del rapporto primitivo e la sostituzione ad esso d'un nuovo rapporto, d'una nuova figura di servitù prediale. All'infuori dell'ipotesi di una nuova convenzione però, è d'uopo sempre considerare il nesso storico e causale tra il rapporto primitivo di servitù e il rapporto susseguente, tra l'originario e il derivato, perchè questa continuità tra i due rapporti risponde meglio alla natura delle cose e alla vera posizione di fatto dei rapporti giuridici; e infatti dissimulare questo rapporto di continuità tra l'uno e l'altro dei due stadi di servitù equivarrebbe a falsare l'ambiente, a creare un ambiente fittizio e diverso da quello che è effettivamente.

46. L'applicazione della nostra legge si estende fino ad interpretare i casi di dubbio. Nel dubbio circa l'estensione della servitù, dice l'art. 647, il suo esercizio deve limitarsi

(1) Cassazione di Firenze, 15 aprile 1886, Rossi c. Rossi (*Annali giur. it.*, 1886, I).

(2) App. Casale, 28 gennaio 1888, Terzuolo c. Ghignone (*Legge*, 1888, II, 773).

Digitized by Google

a quanto è necessario per la destinazione ed il conveniente uso del fondo dominante, col minor danno del serviente: *in dubio pro libertate*. Taluno a questo punto, richiamando la disposizione dell'art. 1137 Cod. civ., volle ravvisare una certa somiglianza tra la limitazione della servitù al puro necessario e l'interpretazione del contratto, che nel caso di dubbio sta contro lo stipulante e a favore del promittente, come per diritto romano. Ma, anche considerando l'ipotesi speciale della servitù costituita per convenzione, si erra nel voler derivare la limitazione dell'esercizio del diritto di servitù, al minimo, dall'interpretazione del contratto, soprattutto: mentre in questa materia di diritti parziari della proprietà è assorbente la considerazione della preminenza del diritto di proprietà su tutti i diritti che investono parzialmente la cosa, su tutti i diritti reali. E infatti la tendenza delle costruzioni giuridiche di teorie che involvano la combinazione di più rapporti è a generalizzare per guisa che la costruzione sia completa ed abbracci tutte quante le svariatissime configurazioni dell'istituto. Così, dovendo noi ricostruire il concetto della servitù, specialmente in rapporto al suo esercizio, in modo armonico al concetto di proprietà e di esercizio della proprietà, evidentemente siamo portati a mettere insieme tanto i casi nei quali la servitù derivi da convenzione quanto i casi nei quali la servitù derivi da consuetudine, ossia da lungo uso o da prescrizione: dappoichè non vi sarebbe ragione di accennare in un caso e nell'altro ad una diversa costruzione giuridica. E infatti noi non cerchiamo già una costruzione giuridica che ci rappresenti l'origine o il modo di costituzione della servitù, nè che con essa abbia una relazione diretta, ma cerchiamo invece una costruzione giuridica che ci renda nella loro vera estensione e secondo la loro portata il vero stato dei rapporti tra la proprietà e la servitù, in modo che il contenuto dell'una ci appaia netto e preciso accanto al contenuto dell'altra. Il che non è possibile ottenere senza prima generalizzare in modo che il nostro sguardo abbracci tutto quanto l'orizzonte dei rapporti giuridici reali sul patrimonio, in quanto li vediamo pullulare quasi dal diritto di proprietà e coesistere con esso in una generale e completa sistemazione patrimoniale che non presenti contraddizione di

Digitized by Google

parti o lacuna di contenuto. Il dubbio al quale accenna il nostro art. 647 non è il dubbio d'interpretazione, ma il dubbio nell'esercizio e nelle modalità dell'esercizio, e questo dubbio per conseguenza non deve risolversi soprattutto nè unicamente colle regole generali dell'interpretazione che la legge ha creduto bene di esporre qua e là per disciplinare i principali rapporti giuridici o le principali categorie di quelli. Tali regole, anche semplicemente chiamate in sussidio nella nostra ipotesi, non aggiungono dimostrazione maggiore di quella che può aversi applicando la regola del minimo mezzo, ch'è la predominante e regolatrice del rapporto patrimoniale tra la proprietà e la servitù per la sistemazione complessiva della proprietà e dei possessi in tutti i possibili rapporti tra di loro e in ogni senso dell'influenza loro sulla cosa.

47. Vengono poi, nella sezione relativa all'esercizio del diritto di servitù, altre disposizioni che riguardano più propriamente la materia delle acque e delle quali non è quì il luogo d'intrattenerci: benchè altresì in queste disposizioni qua e là si ravvisi l'influenza della legge del minimo mezzo. Anche le disposizioni dell'art. 599 e seg. sono relative alle acque, anzi all'acquedotto, e anch'esse sono poste in armonia colla legge del minimo mezzo quando cade il destro. Disposizioni caratteristiche le quali abbiano questo scopo direttamente, oltre le già citate però non abbiamo, nè ci occorse mai sinora alcuna teoria che, pur riconoscendo la necessità di una siffatta legge per il contemperamento dei diritti sulle cose, intendesse applicarla all'esercizio del diritto di proprietà ch'è prevalente e quasi preesistente, anzichè all'esercizio del diritto di servitù che si sovrappone e noi ci figuriamo assai bene come sopravvenuto all'esercizio del diritto di proprietà. La genesi logica e storica dei diritti infatti è questa: prima vi ha il diritto pieno, ovvero ottimo massimo che dir si voglia: e a questo diritto poi fanno seguito i diversi diritti parziari che affettano la stessa cosa sulla quale cade quel diritto pieno; talchè la successione logica è proprio questa, di adottare il limite per il diritto sopravvenuto e non per quello preesistente. L'applicazione della legge del minimo mezzo non deve però essere empirica o cieca, ma deve adattarsi alla natura

Digitized by Google

del diritto di proprietà e alla natura del diritto di servitù, in modo da non distruggere la sostanza nè dell'uno nè dell'altro, ma da rendere possibili entrambi, giusta la definizione ed il concetto esatto che può aversi della loro essenza e delle loro funzioni.

Per la qual cosa è d'uopo procedere assai cautamente nell'applicazione d'una tal legge, a fine di non rischiare di compromettere per soverchio zelo l'applicazione normale e logica delle discipline risultanti per il contenuto della servitù da un canto e della proprietà dall'altro, ma più che altro per non attenuare l'importanza e l'estensione della servitù stessa. S'intende che l'applicazione della legge del minimo mezzo nelle sue varie manifestazioni non può, non deve contrariare lo scopo per il quale la servitù sorse o fu istituita: e, se lo scopo fu di creare una data utilità o un dato sfruttamento, questa utilità e questo sfruttamento debbono aversi in atto, debbono adempiersi senza intralci nè ostacoli teorici o pratici. Sull'applicazione della legge del minimo mezzo riesce tuttavia ben poco agevole indicare delle regole prescindendo dal caso singolo sul quale si tratta di farne l'esperimento: vi possono essere mille e mille circostanze di fatto che determinino una data soluzione, una data applicazione, anzichè un'altra soluzione e un'applicazione diversa. È d'uopo anzitutto tener fermo che l'applicazione di questa legge riguarda più che altro l'esercizio del diritto di servitù, o, per dir meglio, la servitù nel momento del suo esercizio; per la qual cosa è di questo esercizio che noi dobbiamo soprattutto preoccuparci nell'applicazione di quella legge economica, e di questo esercizio noi dobbiamo esaminare i momenti e le forme di manifestazione, specialmente allorquando il diritto di servitù si trova o può trovarsi in collisione col diritto di proprietà. Molte regole di applicazione, anzi la maggior parte delle regole di applicazione della legge del minimo mezzo non sono e non possono essere scritte nel codice, il quale ha riguardo solo a ciò *quod plerumque fit* e non a ciò *quod semel aut bis accidit.* La larghezza del criterio del giureconsulto e dell'interprete per i casi che non sono contemplati dal codice è dunque veramente sconfinata, purchè egli si tenga nei limiti del caso a lui sottoposto e nei limiti del

Digitized by Google

necessario per determinare la possibilità di coesistenza del diritto di servitù col diritto di proprietà sopra la stessa cosa: coesistenza che dev'essere il fine e l'obbiettivo di ogni sforzo e di ogni applicazione giurisprudenziale. È poi da notarsi anche che l'applicazione della legge del minimo mezzo, anche su di un rapporto medesimo di proprietà e di servitù sulla stessa cosa, può variare da tempo a tempo a seconda della variabilità delle circostanze reali, obbiettive, che si ravvisano nel fondo dominante e nel fondo serviente: diguisachè può darsi che una maniera d'esercizio della servitù applicata e constatata oggi, domani non trovi più la possibilità di una applicazione, per le mutate circostanze pratiche. Il cambiamento nel regime della servitù, quanto all'esercizio, deve certamente essere giustificato da ragioni di fatto, che potranno in parte riferirsi alla mutata destinazione di uno o di entrambi i fondi, in parte dipendere anche dalle mutate condizioni fisiche o territoriali: ad ogni modo non è di per sè decisivo nel senso di ostacolare l'esercizio del diritto di proprietà o quello del diritto di servitù, quante volte sia corrispondente e coordinato alla legge del minimo mezzo.

Evidentemente peraltro, il rispetto allo stato dell'esercizio attuale della servitù è un ostacolo ai cambiamenti arbitrari nell'esercizio della servitù stessa; per la qual cosa ogni posteriore cambiamento all'esercizio della servitù stessa, anche se inspirato alla legge del minimo mezzo, non può essere arbitrario da parte del proprietario del fondo dominante o del proprietario del fondo serviente: perciocchè ad ogni modo siamo sempre in materia possessoria e la materia possessoria è basata sul divieto delle turbative allo stato di fatto attuale. È quindi naturale che questi cambiamenti si facciano di buon accordo tra le parti oppure in caso di disaccordo coll'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, come accade per l'articolo 645 del Codice civile, nell'ipotesi di spostamento del luogo serviente: altrimenti il proprietario del fondo serviente potrebbe mettere in moto le opportune azioni possessorie e aver ragione dei cambiamenti arbitrari dovuti all'iniziativa unilaterale del proprietario del fondo dominante. Anzi questo punto di vista è uno di quelli che confermano la necessità del possessorio in materia di servitù prediali; poichè, se non

Digitized by Google

vi fossero i rimedi fondati nel possesso, tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente finirebbe decisamente coll'autorizzarsi una pericolosa lotta, nelle circostanze più difficili e nei contrasti più acuti, a base di violenza privata e di arbitrî opposti agli arbitrî. L'art. 645 del Codice civile infatti, trattandosi di spostamento del luogo serviente, dice che il proprietario del fondo serviente può offrire al proprietario del fondo dominante un luogo diverso dall'originario, e che il proprietario del fondo dominante, nelle circostanze previste dalla legge, non può ricusarlo; che il proprietario del fondo stesso dominante può fare istanza per il cambiamento, pure in quelle circostanze determinate che la legge prevede. L'offrire dunque e il fare istanza, anche nel caso tipico di applicazione della legge del minimo mezzo all'ipotesi di spostamento del luogo serviente, suppone una interpellazione, una notificazione, una diffida dall'una parte all'altra. E in caso che la notificazione, l'interpellazione, la diffida non raggiungano il loro effetto di un accordo amichevole, come si potrà diversamente risolvere la vertenza, se non ricorrendo all'autorità giudiziaria colui che offre o domanda un luogo diverso da quello nel quale originariamente cadeva l'esercizio del diritto di passaggio? Questo è di una grandissima evidenza, tenuto conto dei principî generali e della iniquità che vi sarebbe nel costringere di ricorrere al magistrato non colui nel cui interesse si propone il cambiamento, ma colui che vi si oppone, in omaggio allo stato di fatto allora esistente.

Digitized by Google

CAPO II.

Indivisibilità.

48. Concetto dell'indivisibilità: condominio. — 49. Frammenti di Pomponio e di Modestino. — 50. Dimostrazione grafica. — 51. Applicazioni al condominio.

48. Si dice anche che le servitù prediali sono indivisibili; nel senso che, favorendo il fondo dominante e affettando il fondo serviente come unità e non come parti di unità, certamente la loro causa non potrebbe persistere tra parte dell'un fondo e parte dell'altro, oppure tra l'un fondo intiero e parte dell'altro: poichè si dovrebbe per questo cambiare la causa della servitù primitiva. Che dire peraltro se la causa della servitù, la quale è e si è efficacemente presentata a riguardo del tutto, persista anche a riguardo della parte; talchè tutto si riduca ad un servizio, della stessa specie bensì, ma meno esteso e per meno quantitativamente valutabile? Una tale domanda non ammette che una risposta desunta essenzialmente dalla volontà delle parti o della parte che pose in essere il negozio giuridico da cui la servitù deriva ed anche dalla ragione economica e giuridica della servitù, e quindi, tra le altre, anche dalla legge del minimo mezzo.

Ma a questa domanda così dommaticamente astratta e teorica per eccellenza non si può rispondere se non dopo aver fatto un esame più facile, più ovvio, meno astruso: l'esame dell'esercizio della servitù. Così si eviterà anche il pericolo di fraintendere la vera nozione dell'indivisibilità delle servitù: concetto che, nella sua preliminare semplicità si riduce al principio che la servitù non può acquistarsi nè perdersi per parti. Questo principio, quanto all'acquisto, è affermato da MODESTINO nella l. 11, Dig. 8, 1; e da ULPIANO generalmente nella l. 6, § 1, Dig. 8, 4; all'acquisto pur da MARCELLO nella l. 3, Dig. 33, 3; all'acquisto e alla ritenzione da ULPIANO nella l. 18, Dig. 8, 3. L'affermazione dell'indivisibilità del rapporto non è però identicamente espressa da questi giureconsulti: perchè MODESTINO esclude l'acquisto *pro parte dominii;* ULPIANO e MARCELLO parlano d'*imponi*

Digitized by Google

ed *acquiri per partes*. Anzitutto viene dunque la necessità d'intendersi sul valore dell'espressione di MODESTINO: *pro parte dominii*, non perchè noi non ci possiamo figurare agevolmente la divisione del dominio, ma perchè vogliamo spiegarci con esattezza che cosa sia dunque questa ipotetica divisione (che si esclude) della servitù in corrispondenza colla divisione del dominio. Si tradusse la legge di MODESTINO nel senso di divieto dell'acquisto della servitù a favore di un fondo che si possiede soltanto in parte. Ma si può obbiettare che il concetto di possesso non si trova nè punto nè poco nell'espressione di MODESTINO e che quindi non regge unicamente che nell'immaginazione del traduttore. Il *pro parte* sta ad accennare senza dubbio in astratto, il favore dell'acquisto della servitù; talchè deve tradursi *a favore di parte del dominio:* ma l'espressione di MODESTINO vuol essere completata, appunto perchè non è a favore del dominio che la servitù si acquista, ma a favore del fondo che di dominio forma oggetto. La parte è una determinazione oggettivamente concreta. Dal punto di vista oggettivo, la frazione del dominio è un diritto reale, appunto di un minor contenuto di fronte al dominio, ma che investe egualmente tutta la cosa, nella sua intiera estensione: insomma la frazione del dominio non deve intendersi già come una frazione della cosa che vi è sottoposta. Ora il possesso è tanto poco un diritto frazionario della proprietà o del dominio, che anzi della proprietà o del dominio stesso è la manifestazione normale e ordinaria: quindi prima di tutto conviene escludere da quell'espressione di MODESTINO il concetto o il dubbio che la servitù possa o non possa acquistarsi a favore del possesso di tutto o parte il fondo dominante. Ma non solo il dominio si divide in parti, quando il diritto pieno sul fondo è frazionato in uno o più diritti reali; bensì anche quando dello stesso diritto, senza che ne sia frazionata la pienezza, è fatta copia a più persone, come accade nell'ipotesi di condominio o comunione.

L'ipotesi del condominio è anzi la più semplice che possa formularsi per l'applicazione del principio della indivisibilità delle servitù prediali come vincoli reali. Nel condominio non vi ha una divisione effettiva, obbiettiva, ma soltanto ideale del fondo di cui si parla: infatti ciascuno dei condomini ha

Digitized by Google

su tutto il fondo un diritto egualmente pieno, egualmente intenso; soltanto nessuno di essi può disporre, oltre la sua quota ideale, di una parte reale del fondo nè di tutto il fondo senza il concorso degli altri, nè può partecipare al riparto dei prodotti del fondo se non nella misura della sua quota ideale e solo nella misura della sua quota ideale partecipa al riparto del corrispettivo di alienazione quando l'alienazione è da tutti consentita. In una parola la comunione *pro indiviso* sulla cosa si distingue dalla comproprietà *per partes* sulla cosa stessa per questo, che la comunione indivisa lascia sempre la cosa nella sua struttura unitaria quale esisteva prima della comunione stessa, mentre la comproprietà parziaria equivale ad una vera e propria divisione reale della cosa e della comunione non ha che il nome. Or come i rapporti reali tra il fondo e il proprietario, nelle condizioni normali dell'esercizio, sono gli stessi tanto se si tratta di proprietà unica, quanto se si tratta di comunione *pro indiviso* e solo nell'un caso e nell'altro variano i rapporti di obbligazione che ne derivano a pro del proprietario o proprietari; così il rapporto reale di servitù tra un fondo estraneo alla comunione e un fondo sottoposto alla comunione stessa non è punto influenzato o modificato dallo stato di comunione di questo fondo stesso, considerato in rapporto collo stato di proprietà spettante ad un solo proprietario. In altri termini il vero diritto reale, sia di proprietà piena su tutto il fondo, sia di condominio parziario o sia di un diritto frazionario della proprietà su di esso, è sempre un diritto indipendente dalle persone dei titolari o dei soggetti e del diritto di proprietà e del diritto di servitù.

La servitù si acquista sul fondo e a pro del fondo; non sulle persone nè per le persone: perchè le persone sullo sfondo del diritto reale passano come le figure proiettate da una lanterna magica, oppure come le figure di un caleidoscopio passano sugli specchi che ne formano l'immagine. Quindi è possibile, anzi facilissima, la combinazione del principio che presiede al rapporto di condominio col principio che presiede al rapporto di servitù; questi due principii armonizzano perfettamente, perchè l'uno rappresenta la divisione ideale accanto alla indivisione reale del fondo e una facoltà piena

Digitized by Google

estesa a tutta l'estensione del fondo, e pur raffrenata dalla contemporanea esistenza e dal contemporaneo esercizio di altre facoltà simili sul fondo stesso: l'altro rappresenta invece una facoltà meno piena, estesa bensì a tutto il fondo e non trattenuta dalla contemporanea e parallela esistenza del dominio, il cui contenuto è per sè di natura diversa. La contemporaneità del dominio colla servitù (in altri termini), a parte la diversità del contenuto, rappresenta qualche cosa di simile alla contemporaneità di varii diritti di dominio di contenuto identico ma di quantità diversa. Quando dunque si dice che una servitù non può acquistarsi *pro parte dominii* s'intende parlare di una parte ideale del dominio sulla cosa, nel senso che possa dubitarsi, ma debba escludersi che la servitù possa essere acquisita a favore d'uno dei condomini *pro indiviso* di un fondo; perchè, se si trattasse di dominio *pro diviso*, allora ciascuno dei fondi risultanti dalla divisione formerebbe corpo a parte.

Questo è dunque il senso più ovvio dell'espressione di MODESTINO *pro parte dominii;* ma anche se si volesse applicare a pro di un diritto reale frazionario del dominio, scambiando o immedesimando il diritto reale colla cosa che ne forma oggetto, il precetto, l'affermazione negativa di MODESTINO reggerebbe egualmente, nel senso che non potrebbe costituirsi una servitù prediale su di un'altra servitù o su di un usufrutto, nel senso che non potrebbe essere costituita per consenso del titolare di un tale diritto frazionario della proprietà, ma vuol essere costituita per lo appunto dal proprietario del fondo serviente. In altri termini, come nei rapporti colla vita esterna ogni individualità giuridica che sia destinata a mettersi di fronte od a lato di altra individualità giuridica afferma fortemente e solennemente la propria unità, così la servitù al momento di contrapporsi alla proprietà si afferma e si presenta perfettamente e in ogni sua parte una e indivisibile: anche sebbene, come accade nelle servitù prediali, le individualità che sono designate a mettersi di fronte l'una all'altra (il fondo dominante e il fondo serviente) non siano persone fisiche, ma corpi immateriali che entrano in rapporti giuridici derivanti dalle loro condizioni fisiche e naturali. Che anzi appunto e sopratutto l'unità di

Digitized by Google

questi soggetti giuridici, nel tempo stesso, ed anzi perchè ed in quanto si manifestano come oggetti dell'attività dell'uomo, si appalesa in questi momenti di rapporto acuto e culminante con altri oggetti dell'attività umana e soggetti di rapporto giuridico a un tempo; ed in questa fase conviene sorprenderli e caratterizzarli per ritrarne la unità perfetta e completa.

49. Un piccolo frammento, l'unico isolato di SESTO POMPONIO tramandatoci senza essere stato ricevuto nel Digesto, porta espressamente la regola *et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat.* Qui, come a prima vista si scorge, si tratta di divisione dell'uso, cioè dell'esercizio della servitù: la qual cosa è diversa dall'acquisto e dall'imposizione della servitù stessa, perchè si potrebbe anche concepire una servitù non imposta nè acquistata, *per partes*, ma *per partes* esercitata o viceversa. L'impossibilità dell'esercizio di una servitù *per partes* è tale che risulta di per sè evidentemente senza una diffusa dimostrazione, e risulta meglio che altrimenti coll'esempio della servitù di passaggio. Un fondo ha il passaggio attraverso un altro fondo fino alla via pubblica: ora, se il fondo dominante si divide in parti, questa servitù di passaggio non può essere esercitata da ciascuna di queste parti risultanti dalla divisione sopra una parte corrispondente della lunghezza dell'*iter*, talchè una parte del fondo dominante possa transitare per i primi dieci metri, altra parte sui dieci susseguenti e così via discorrendo fino ad esaurire in tutta la sua lunghezza la strada che deve servire per il passaggio. Se la servitù ha per suo scopo l'accesso al fondo dominante dalla via pubblica e l'egresso alla via pubblica dal fondo dominante, evidentemente essa non può esercitarsi se non percorrendo in tutta quanta la sua lunghezza la via stessa; altrimenti la servitù resta lettera morta. Di qui la regola che, se il fondo dominante resta suddiviso in parti reali, la servitù compete a ciascuna parte di esso, e cioè: *omnes partes sequitur* perchè *omnibus partibus debetur:* la qual risoluzione fu dal giureconsulto PAOLO in l. 23, § 3, Dig. 8, 3, specialmente adattata al caso in cui il fondo in

Digitized by Google

parola sia stato venduto *particulatim*, decidendo che *singuli* (i proprietari delle singole parti) *recte agunt ius sibi esse eundi*. Il regolamento dell'uso della servitù tra le varie parti in cui il fondo dominante è suddiviso potrà essere più o meno facile, più o meno complicato; ma è possibile e ad ogni modo, come a suo luogo fu dimostrato, non deve portare aggravamento all'onere del fondo serviente, il cui proprietario rimane del tutto estraneo a simili cambiamenti. Per la indivisibilità dell'esercizio delle servitù e della *servitus itineris* in ispecie si potrebbe trovare una difficoltà nella l. 8, § 1, Dig. 8, 6, nella quale Paolo pone la regola che *is qui per partem itineris it, totum ius usurpare videtur*; quasichè la *pars itineris* corrispondendo a parte della lunghezza dell'*iter* su cui si esplica la servitù, anche a questo modo fosse possibile l'esercizio della servitù stessa, dal punto di vista obbiettivo e territoriale. Certamente Paolo non intende alludere nè alla larghezza dell'*iter* nè ad una maggiore o minore frequenza dell'*esercizio* di questa servitù discontinua nei limiti di tempo determinati per l'esercizio stesso: ed è proprio di parte longitudinale ch'egli intende parlare. Ma Paolo coll'espressione *totum ius usurpatur* vuol dire proprio il contrario di quanto può servire all'obbiezione: egli vuol dire, coerentemente col principio del frammento stesso, che, come si perde lo *ius riae* permettendo al proprietario del fondo serviente di *facere aliquid in eo loco per quem via debetur*, così si interrompe il possesso o meglio il quasi-possesso del diritto di servitù allorquando se ne fa uso soltanto per parte della lunghezza dell'*iter*, la qual cosa significa propriamente non farne uso. A suo luogo anzi potrà anche discutersi se un uso parziario su parte della lunghezza, mentre non è e perchè anzi non è vero uso di servitù, possa essere considerato come un esercizio abusivo di un diritto reale, più tenue della servitù, sul fondo altrui; tenuto conto della causa della servitù che non consiste nello *ius deambulandi delectationis causa*, ma nel transito per avere ingresso nella via pubblica od egresso dalla via pubblica.

E al modo stesso, anzi più, un esercizio parziario *pro tota longitudine* della via che attraversa il fondo serviente non può essere ammesso, anche sotto l'impero delle regole

Digitized by Google

circa la divisione del fondo dominante, se abbia a recare maggiore aggravio al fondo serviente; l'esercizio della servitù stessa fatto per uno scopo diverso dall'*iter* alla via pubblica costituisce senz'altro di per sè stesso un abuso, una violazione della proprietà altrui e senza dubbio anche una violazione della legge del minimo mezzo, allorchè sia contemporaneamente e giustamente esercitata anche la relativa servitù d'*iter*. Resta adunque ferma la regola di SESTO POMPONIO, che la natura della *servitus itineris* è alterata da un esercizio parziario dello stesso *iter* per zone longitudinali del suo percorso, e come della *servitus itineris* così di ogni altra servitù quanto al contenuto territoriale: per la qual cosa *servitutes dividi non possunt.* La qual conclusione è una riprova del commento sabiniano di PAOLO (L. 23, § 3, Dig. 8, 3) *omnes partes servitus sequitur*, per il caso che il fondo dominante sia diviso in parti: e, mentre ne è la riprova, costituisce una vera rettifica del commento stesso e dal commento suddetto è rettificata a sua volta, talchè le risoluzioni giurisprudenziali a questo riguardo sono d'una chiarezza e di una concordanza quali non potrebbero maggiori desiderarsi. Ma anche questo concetto, *omnes partes servitus sequitur*, vuole intendersi in rapporto all'espressione che la servitù *pro parte dominii acquiri non potest*, e colla conseguente spiegazione che MODESTINO nella sua l. 11, Dig. 8, 1, ne dà per il caso pratico di alienazione parziale di un fondo dominante, a favore del quale si trovi istituita una *servitus viae*, e della conseguente alienazione di parte del fondo stesso, rendendo per tal modo il fondo non atto alla conclusione della stipulazione in oggetto e ponendolo in tale condizione che la stipulazione non avrebbe potuto farsi. Secondo MODESTINO, in tale ipotesi il proprietario del fondo dominante *corrumpit stipulationem.*

Quanto a questo frammento di MODESTINO, noi abbiamo visto ch'esso non fa nessuna ipotesi di possessorio, ma riferisce la *pars dominii* o ad un diritto frazionario della proprietà o ad un diritto di dominio in comunione *pro indiviso* senza che il diritto di servitù possa intendersi acquistato o soltanto per il diritto frazionario o soltanto per il comproprietario *pro indiviso*, senza che il *dominus proprietatis* nel

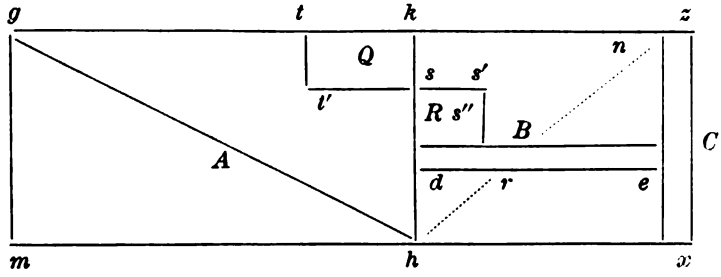
Digitized by Google

primo caso o gli altri comproprietari *pro indiviso* nel secondo caso abbiano a ritrarre anch'essi dalla costituzione della servitù il principale vantaggio: per la qual cosa occorre sostanzialmente e precipuamente il consenso anche di essi per costituire la servitù. L'esemplificazione di MODESTINO è regolata dal principio che le servitù non possono in parte nè lasciarsi in legato nè togliersi: che se ciò fosse fatto, il legato o la privazione non avrebbe effetto: e se la vendita di parte del fondo porta ad una tale incongruità che renderebbe impossibile su certe date basi una stipulazione originaria, evidentemente la stessa ragione che invaliderebbe un atto originario di costituzione della servitù su certe basi renderebbe inutile un'alienazione ovvero un legato parziale sulle stesse basi. Resta dunque ad esaminarsi su quali basi dovrebbe ritenersi inesistente o inefficace una prima costituzione di servitù *pro parte dominii*, perchè nelle identiche circostanze è resa inefficace l'*ademtio* o il *legatum* della servitù stessa. Ora è resa inefficace la costituzione d'una servitù o su un diritto frazionario della proprietà o su di una parte di comproprietà indivisa; e perciò anche nell'alienazione o di un diritto di comproprietà *pro indiviso* sul fondo stesso oppure di un diritto frazionario che all'atto dell'alienazione stessa vada a distaccarsi dal diritto pieno di proprietà. Allora potrà veramente dirsi che la stipulazione è corrotta, perchè porta lo stato di diritto e di fatto alla situazione stessa che la legge avrebbe escluso se si fosse trattato di costituire *ex novo* un rapporto così viziato di pretesa *servitus viae*. Come dunque non si potrebbe costituire la servitù a favore d'una parte di comproprietà indivisa di un fondo, perchè la servitù è istituita a favore d'un fondo e non del proprietario o dei comproprietari di esso e quindi prescindendo del tutto dal regolamento della proprietà a suo riguardo; così non è dato al proprietario di tutto il fondo dominante di alienarne la comproprietà *pro indiviso* e di alienare a favore del comproprietario novello il diritto di servitù, privando sè stesso, benchè ancora proprietario del fondo in comproprietà *pro indiviso*, del diritto che gli spetta di partecipare all'esercizio della servitù, afficiente l'unico fondo comune o indiviso. Lo stesso è a dirsi per la revoca del legato o *ademtio legati:*

Digitized by Google

se fu legata una servitù, non può revocarsi il legato della servitù solo in parte, nel senso di richiamare a sè, sia pure soltanto per disporne con alienazione, una parte del fondo colla parte corrispondente della servitù che vi è inerente e di lasciare l'altra parte al legatario per la forza del legato. Dunque, come, a detta di POMPONIO, si corromperebbe la natura della servitù dividendone l'uso in parti superficiarie; così si corromperebbe, a detta di MODESTINO, la stipulazione d'una servitù regolarmente fatta, qualora poi si corrompesse la natura della servitù stessa o trasmettendola tutta colla alienazione di solo una parte del fondo, oppure trasmettendone l'uso superficiariamente diviso con pregiudizio proprio ossia della parte del fondo a lui rimasta. In tutti questi casi, armonicamente, coerentemente, è divietata la corruzione della servitù e però rimane colpito di nullità l'atto o la stipulazione che alienava una tale servitù in tutto o in parte a seconda delle ipotesi. Queste soluzioni di POMPONIO e di MODESTINO non possono essere completamente intese senza una illustrazione grafica conveniente ed esplicativa dell'ipotesi giuridica da noi fatta.

50. Ora ecco la dimostrazione grafica:



A — Fondo dominante.
B — Fondo serviente.
C — Strada pubblica.
de — Zona destinata alla servitù di passaggio.
gh — Divisione del fondo dominante a scopo di alienazione.
gkh — Parte del fondo dominante alienata a favore di un terzo.

Supponiamo che il proprietario del fondo *A* alieni la parte *gkh* e il diritto di passaggio in *de*, tutto quanto, ossia rinunziando per suo lato al diritto stesso e non preoccupan-

Digitized by Google

dosi oppure rimediando o sperando di rimediare altrimenti e forse anche abusivamente all'accesso sulla via pubblica *C* e all'ingresso dalla via stessa nella parte di fondo rimastagli. Egli forse si riprometterà di scivolare inosservato sulla linea di confine *dh* e quindi passare indisturbato per l'*iter* al quale rinunziò, oppure percorrere la traiettoria *hn* od altra qualsiasi e così sboccare nella via stessa. Se egli prosegue a passare per l'*iter* in *de*, può il proprietario del fondo *B* inibirglielo d'accordo col proprietario del fondo *gkh* ? Risponderebbe il giureconsulto PAOLO: La *servitus itineris* del fondo *A* sul fondo *B* per *de* in caso di divisione reale del fondo dominante *omnes partes sequitur;* quindi qualsivoglia alienazione dal fondo *A* di una frazione *gkh* non può trasportare l'attività della servitù tutta da parte della frazione alienata, lasciando scoperta la parte *gmh*, che resta al proprietario del fondo generatore *A*. Se fosse il contrario, questa *servitus itineris* seguirebbe una parte sola, la parte *gkh*, e abbandonerebbe la parte *gmh*, perchè il proprietario alienante del fondo *A* che resta colla sola frazione *gmh* l'avrebbe consentito e il proprietario del fondo serviente *B* da questo fatto, da questa limitazione ritrarrebbe anzi un minore aggravio. A più ragione giungasi ad una tale conclusione trattandosi d'uso superficiariamente diviso, della *servitus itineris*. Supponiamo che il proprietario del fondo *A* alieni la frazione *gkh* situata verso la linea di confine col diritto di passaggio sul solo tratto longitudinale dell'*iter* per *dr*, e riservando a sè il passaggio sul rimanente tratto *re* dell'*iter* stesso. Questa convenzione non potrebbe avere un significato pratico tranne che nel caso in cui il proprietario della frazione alienata facesse assegnamento di acquistare sul fondo *B* un altro passaggio per *rn* e il proprietario della frazione alienata *gmh* facesse assegnamento di acquistare sul fondo *B* un altro passaggio ancora *rh*. Ma se si tratta di acquisto a titolo di servitù legale, esso è irrealizzabile, impossibile, perchè urta colla legge del minimo mezzo, la quale non può essere violata per qualsiasi divisione o suddivisione del fondo *A* ; se si tratta di acquisto a titolo di servitù convenzionale, allora tutto può farsi in forza di un nuovo contratto. Ma, prescindendo da un contratto che regoli in modo più gravoso l'esercizio delle

Digitized by Google

servitù sul fondo *B* a favore di frazioni nelle quali il fondo *A* venga a dividersi, evidentemente una divisione del fondo *A* non ha alcun interesse per il fondo *B*, il quale continua a tenere il tratto *de* sottoposto all'onere della *servitus itineris;* talchè per esso fondo *B* una divisione per parti reali del fondo *A* equivale perfettamente ad uno stato di comproprietà *pro indiviso* o di comunione sull'intiero fondo *A* a favore dei proprietari delle singole parti reali del fondo *A* stesso. Per la qual cosa gli effetti dell'esercizio della servitù sono gli stessi dell'esercizio d'una comproprietà: insomma la servitù non spetta che al fondo *A* e questo per il fondo *B* è sempre quell'unità che esisteva prima che il proprietario di esso pensasse ad alienarne una parte. Ebbene? Il proprietario di *B* non si mischia affatto nelle alienazioni e nelle suddivisioni del fondo *A*, a meno che questo fatto non sia per rendere eccessivamente gravosa in lui la sofferenza del passaggio nel suo pratico esercizio; come se il frazionamento fosse tale, da far sì che tutto il giorno una vera processione di gente addetta a quei fondi passasse per l'*iter* compromettendo o turbando visibilmente la sua quiete e l'esercizio stesso del suo passaggio *iure proprietatis*. Ma in tal caso, come ognun vede, non è la suddivisione del fondo *A* che per sè stessa cozzi colla natura della servitù; perchè la servitù, in linea di principio, rimane sempre la stessa, la possibilità di frazionamento del fondo dominante essendo indefinita a causa del principio che la servitù *omnes partes sequitur*, come se sempre idealmente formassero quel solo tutto da cui furono staccate.

Condominio dunque o divisione in parti reali per il proprietario del fondo serviente e per la struttura della servitù sono una cosa sola. Ma è tuttavia da interpretare la l. 8, § 1, Dig. 8, 1, che riguarda la ritenzione delle servitù: *per partes servitus retinetur licet ab initio per partes acquiri non poterat*. Questo frammento, dal quale del resto non esula un lontano sospetto d'interpolazione (dappoichè il *poterat* secondo la scrittura fiorentina primaria era *poterit*), riguarda il caso speciale che *ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei* qualora *praedium tuum mihi serviat*. In altri termini si suppone che il proprietario del fondo *A*

Digitized by Google

acquisti la frazione *R* del fondo *B* o che il proprietario del fondo *B* acquisti la frazione *Q* del fondo *A*: in tal caso la confusione del fondo dominante col serviente o del serviente col dominante avviene senz'altro. Se il proprietario del fondo *A* acquista la proprietà del frustolo *R*, la servitù *itineris* resta a favore del proprietario di tutto *gkss's''dhm* sul fondo serviente *kss's''dhxz* per il tratto *s''e* della lunghezza dell'*iter*; se invece il proprietario del fondo *B* acquista la proprietà del frustolo *Q*, allora il fondo *tgmhst'* conserva la servitù su tutto l'*iter* per *de*. Ora questa soluzione non è più attinente alla divisione *in partes* che sia attinente alla confusione: perocchè appunto qui operano in piena regola i principî della confusione parziale del fondo dominante col serviente. La questione della divisione nella ritenzione della servitù apparirebbe più netta qualora risultasse soltanto da un frazionamento della proprietà di *A*, non complicato da confusione di sorta; ma appunto questa ipotesi PAOLO non volle fare perchè non sarebbe stato più sovvenuto dai principî della confusione, i quali hanno luogo in ogni campo di rapporti giuridici e che egli appunto voleva dichiarare applicabili al caso pratico, dimostrando che la soluzione non cozza col tema della indivisibilità obbiettiva in parti. Dunque è facile vedere che la soluzione adottata da PAOLO non ha proprio a che fare colla soluzione che noi cerchiamo per il caso di condominio, escludendo che uno solo dei condomini possa acquistare all'infuori degli altri e indipendentemente da essi: per quanto sia possibile che più condomini di un medesimo fondo pongano in essere atti successivi per l'acquisto d'una servitù a favore del fondo comune, in tempi diversi ma sempre allo scopo fondamentale di fare un solo e identico acquisto d'uno stesso diritto di servitù per il fondo formante oggetto del condominio. CELSO nella l. 11, Dig. 8, 3, dice appunto che si può cedere separatamente da ciascuno dei condomini uno *ius eundi agendi* per un fondo spettante in proprietà a più persone: per la qual cosa, a voler guardare con sottigliezza, il diritto di servitù allora dovrebbe intendersi acquistato allorchè tutti i condomini abbiano fatto una tale cessione e che tutte le cessioni anteriori dovrebbersi ritenere come confermate dall'ultima. Tuttavia,

Digitized by Google

aggiunge CELSO, deve prevalere l'interpretazione più benigna nel senso che, prima ancora della cessione dello *ius eundi agendi*, da parte dell'ultimo proprietario i cessionari anteriori all'ultimo non possano divietare l'uso del diritto così dagli altri ceduto. Senza dubbio, con questa soluzione PAOLO credette di rendere omaggio ai principî di equità, inoltrandosi per un terreno invece assai pericoloso specialmente nell'ipotesi che l'ultimo dei condomini fosse dissenziente dagli altri e che nonpertanto gli altri l'obbligassero a spogliarsi della sua parte di dominio; ma vi rimediò non escludendo che l'ultimo, il quale non aveva consentito, si potesse opporre, mentre escludeva che si potessero opporre all'esercizio della servitù gli altri i quali avevano già manifestato il loro consenso. Resta però sempre una domanda da fare a CELSO: perchè, dal momento ch'è principio di logica e di diritto niuno potersi civilmente opporre al fatto proprio, come va che la stessa soluzione non si adotta allorquando di più condomini del fondo soltanto alcuni e non tutti meno uno abbiano già consentito alla costituzione della servitù? Si potrebbe rispondere che qui si tratta d'una nullità assoluta e che quindi può essere opposta da chiunque, vi abbia anche dato causa o partecipato: tale essendo l'indole e la portata delle nullità assolute dalle quali procede l'inesistenza dell'atto; ma questa risposta colpirebbe altresì la concessione fatta all'equità per il caso che uno solo non avesse ancora consentito alla concessione della servitù. Oltre a ciò si dice che *fundus plurium est*, e cioè s'intende alludere ad una comproprietà *pro indiviso;* ma non si dice poi con precisione se la comproprietà di costoro sia a parti eguali, oppure se qualcuno di essi sia comproprietario per una parte ideale diversa da quella per la quale è comproprietario l'altro. Fatta l'ipotesi che l'ultimo dei comproprietari, quello che non ha ancora consentito alla costituzione della servitù, sia comproprietario cogli altri per ben $^4/_5$ del fondo sul quale la servitù viene ad esercitarsi: in tal caso egli potrebbe opporsi come nel caso in cui la sua comproprietà riguardasse solo $^1/_{10}$ del fondo comune: ma la sua inerzia, talora dipendente dal fatto di essere assente e lontano dal proprio fondo, lo espone a subirsi per mancanza di contraddizione l'esercizio di una servitù senza avervi con-

Digitized by Google

sentito, quantunque sia il principale interessato nel fondo stesso, e, di fronte a tutti gli altri presi insieme, possa addirittura disporre della parte maggiore. Per la qual cosa anche contro di lui avrebbe corso l'usucapione della servitù, comechè neppure informato dello stato di fatto che minaccia la libertà del suo condominio. Tutto considerato però e prescindendo dalle astruserie teoriche, si viene a questa conseguenza, che le più volte il proprietario non ancora consenziente, sia desso condomino a parti eguali con gli altri o per una parte anche maggiore a quella di tutti gli altri presi insieme, potrà venire sempre in tempo a conoscenza dell'esercizio della servitù, perchè non è presumibile che per trenta o più anni il comproprietario di un fondo trascuri siffattamente la sua proprietà, da non farsi avvertire se nell'intervallo ben lungo di un trentennio vi sia alcun attentato alla libertà dell'esercizio del suo diritto.

51. Più precisamente Paolo nella l. 18, Dig. 8, 4, spiega le funzioni e il congegno di questo procedimento. Egli dice essere opinione comune che più comproprietari, cedendo le loro porzioni in tempi diversi, possono imporre od acquistare qualche servitù, talchè l'ultimo atto confermi gli atti precedenti come se tutte le cessioni fossero state fatte contemporaneamente: per la qual cosa, se colui che fu il primo a fare la cessione fosse morto o avesse alienato in qualsiasi modo la sua parte, la cessione che dopo facesse il suo socio sarebbe nulla, poichè la cessione dell'ultimo non porta effetto retroattivo all'acquisto della servitù, ma si ritiene che tutti insieme cedano quando l'ultimo cede. Perciò la cessione complessiva deve ritenersi sempre sospesa fino alla cessione dell'ultimo socio. Lo stesso accade se la servitù è ceduta ad uno dei comproprietari ed in seguito avvenga qualche cosa di simile in persona di un altro dei comproprietari stessi. Dunque, per la ragion dei contrari, anche se un simile caso occorresse a quegli che non ha ceduto, tutti dovrebbero cedere di nuovo; poichè si passa sopra soltanto alla contemporaneità degli atti di cessione, ma si richiede sempre che la cessione stessa non possa esser fatta nè ad un solo, nè da un solo dei soci. Lo stesso (conclude Paolo) deve concludersi nel caso che

Digitized by Google

uno ceda la servitù e l'altro la lasci in legato; poichè, se tutti i soci lasciano in legato la servitù e la loro eredità è contemporaneamente adìta, si può dire che il legato è valido; ma se le eredità furono adìte in tempi diversi, inutilmente spirerà il giorno del legato, non potendo gli atti dei defunti rimanere in sospeso come gli atti dei viventi. Questo frammento di PAOLO non può applicarsi certamente al legato di servitù, così come il legato è concepito ai giorni nostri, nei quali l'eredità si acquista senza adizione: l'eredità e il legato acquistandosi per virtù di legge (salvi gli effetti retroattivi d'una rinunzia tempestiva) al momento della morte del *de cuius*, stante la non interruzione della proprietà sugli oggetti che formarono materia dell'eredità o del legato, evidentemente la contemporanea adizione dell'eredità o del legato si converte nella contemporanea apertura della successione. Se tutti i soci lasciano in legato la servitù e la loro successione si apre contemporaneamente, il legato è valido; ma, se la morte dei testatori avvenne in tempi diversi, inutilmente si potrà invocare il condono della contemporaneità come si fa per i contratti, non potendo gli atti dei defunti rimanere in sospeso. E siccome questo avviene sempre, perchè è impossibile che risulti due persone essere morte nello stesso istante, così dovrebbe concludersi che è inutile e completamente inefficace l'istituzione ereditaria di una servitù fatta dai comproprietari della servitù stessa, perchè allora si cade nel divieto generale di acquistare la servitù per parti: divieto ch'è conseguenza immediata della indivisibilità posta come regola generale della servitù e confermata da ULPIANO anche in l. 10 pr. e § 1, Dig. 49, 3, per l'*aquae ductio (omnium voluntatem esse sequendam)*.

Gli stessi principî si applicano alla obbligazione che uno dei condomini abbia assunto per costituire una servitù sopra un fondo comune: *servitus non potest acquiri per partes* (L. 3, Dig. 33, 3) *nec imponi per partes* (L. 2, Dig. 8, 1). È sempre lo stesso principio generale che vedemmo posto da AFRICANO in l. 32, Dig. 8, 3; talchè in tutta la giurisprudenza romana questo rimane sempre uno tra i principî più sicuri e più saldi. Viceversa, come si vide, la divisione del fondo dominante in parti reali fa sì che la servitù insista sopra

Digitized by Google

ciascuna parte del fondo dominante stesso. Ma vi sono altre conseguenze del principio della indivisibilità delle servitù prediali: l'esercizio anche parziale del diritto di servitù è sufficiente alla conservazione dell'intiera servitù, perchè nella l. 8, § 1, Dig. 8, 6, PAOLO riconosce che chiunque *per partem itineris it, totum ius usurpare videtur:* mentre, d'altra parte, la rinuncia d'uno dei comproprietari del fondo dominante alla servitù è priva di effetto per i principî generali dell'accettilazione, in forza dei quali, secondo ULPIANO, in l. 13, § 1, Dig. 46, 4, *si id quod in stipulationem deductum est divisionem non recipit, acceptilatio in partem nullius erit momenti.* Il giureconsulto anzi ha cura di accennare proprio all'esempio di una servitù *praedii rustici vel urbani.* Insomma non mancano punto conferme in tutti i sensi della verità e dell'applicabilità della massima o principio dell'indivisibilità delle servitù prediali: l'*usus*, l'*habitatio* e la *servitus operarum* sono anch'esse indivisibili, ma l'usufrutto è divisibile e perciò può acquistarsi e perdersi per parti. Le ll. 5, Dig. 7, 1; 25, Dig. 7, 4 e 19, Dig. 7, 8, parlano abbastanza chiaramente: *frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus.* L'uso infatti si riferisce al bisogno personale; la fruizione oltrepassa questo bisogno e può anche non contenerlo e contenere un altro provento di natura diversa, un vantaggio patrimoniale, un'attività economica diversa e che non sia necessariamente e direttamente legata coll'esistenza fisica della persona del fruente, come, se si trattasse di uso, sarebbe legata all'esistenza dell'utente. Per l'*habitatio* e per la *servitus operarum* deve dirsi lo stesso che per l'uso; dappoichè l'*habitatio* è concessa appunto in considerazione dell'utilità complessiva della cosa, e, sebbene per diritto romano l'abitazione non sia data esclusivamente come in diritto nostro al titolare e alla sua famiglia, ma possa anche cedersi e trasmettersi sotto forma di locazione (per quanto non a titolo gratuito) a dei terzi, tuttavia anche in questa stessa trasmissione essa si considera come un tutto unico e indivisibile, se si ha riguardo a ciò che lo stesso sistema edilizio romano dell'epoca classica ordinariamente non prestavasi ad un sistema di subaffitti parziari come ci è dato concepirli coll'attuale ordinamento locativo dei predi urbani.

Digitized by Google

In verità, poi, dal punto di vista pratico, questo sminuzzamento non è possibile neanche oggi, perciocchè, siccome l'abitazione è concessa per i bisogni di una famiglia, essa per lo più consiste nella parte di una casa, e quindi o in un piano o in un appartamento della casa stessa: e questa parte è siffattamente distribuita, che, senza una trasformazione nella sua distribuzione interna, non può servire all'uso di più di una famiglia, se non altro per ragion della cucina e dell'ingresso. Dunque la fittabilità della casa data ad abitazione non reca ostacolo, in diritto romano, alla concezione unitaria del diritto stesso di abitazione: nè si può ritenere che una tale concezione sia facilitata nel diritto nostro per il divieto della subconcessione ad altri. E la stessa natura della cosa sulla quale il diritto si esercita quella che produce la conseguenza dell'indivisibilità; l'art. 528 Cod. civile e il § 52, Istit. giust. 2, 5, non cangiano la conclusione desunta dalla natura dell'oggetto. Circa poi alle opere dei servi e degli animali, esse non hanno importanza per diritto nostro ed è quindi superfluo il giustificarne la indivisibilità; bastandoci di aver constatato il carattere d'indivisibilità per le servitù prediali come discendente dalla loro natura intima. Nè la constatazione di questo carattere dell'indivisibilità deve ritenersi oziosa o priva di efficacia pratica: in diritto romano si applicava alle funzioni della Falcidia alla quale dovesse assoggettarsi una data servitù prediale. Se la servitù fosse divisibile, evidentemente una parte corporale o naturale dei frutti avrebbe potuto trattenersi per la Falcidia stessa; ma, trattandosi di servitù indivisibile, non vi sarebbe stato altro mezzo per effettuare la diminuzione voluta dalla legge, fuorchè quello di stimare il valore della servitù stessa tutta intiera e di assegnare alla ritenzione per la Falcidia una parte di questo valore così determinato. Questo risulta dalle l. 1, §§ 9 e 7, Dig. 35, 2. In diritto nostro gli stessi criteri si dovranno applicare alla riduzione delle disposizioni testamentarie giusta il § 3 della sezione 4ª, lib. 3°, capo 2°, Cod. civile (art. 821-826) ed anche alla riduzione delle donazioni giusta il lib. 3, capo 4°, Cod. civile (art. 1091-1096): qualora la riduzione debba esplicarsi sopra una servitù prediale, ch'è indivisibile, non v'è altro modo di attuare la ridu-

Digitized by Google

zione stessa fuorchè facendo l'apprezzamento del valore o dell'entità della servitù complessivamente e calcolando poscia la parte che forma l'ammontare della riduzione. Certo, il revocare completamente la disposizione testamentaria o la donazione sol perchè fu disposto *mortis causa* o *inter vivos* di una cosa non suscettibile di divisione, sarebbe un volere oltrepassare lo scopo della riduzione stessa, che non è la negazione ma un semplice correttivo della volontà del disponente, il quale, secondo la regola generale, *est rei suae moderator et arbiter*. La limitazione si deve adottare ed assoggettare alla prevalenza del diritto limitato: e, quando sorge la necessità del conguaglio, appunto si afferma la prevalenza del diritto del quale si dispone, e si afferma nella sua realtà obbiettiva, talchè il pagamento della somma che corrisponde alla riduzione non è già l'effetto dell'esplicazione di un diritto sulla cosa, ma è quasi la conseguenza di un'obbligazione personale assunta dal disponente *propter rem* della quale dispone; una riparazione nel miglior modo possibile, il ristabilimento dell'equilibrio patrimoniale mediante compenso. Non è certo l'unica volta che la regolarità d'una posizione giuridica si ristabilisce o si stabilisce a mezzo di compensi o surrogati pecuniari alle cose: noi abbiamo nella stessa ripartizione del diritto ereditario, che noi però chiamiamo divisione di eredità, considerando questa come una unità oggettiva, il sistema dei conguagli, allorchè (come accade sempre di regola) nell'eredità vi sono cose non divisibili per loro natura tra più persone. Eppure questa necessità di sostituire alla cosa o a parte di essa il suo valore non toglie che l'istituzione ereditaria per noi rappresenti una disposizione di cosa determinata o di oggetto reale.

Digitized by Google

CAPO III.

Utilità.

52. Importanza del concetto di utilità anche in rapporto alla dottrina della vicinanza. — 53. La destinazione dell'uomo nello sfruttamento del fondo e limiti. — 54. Interposizione di fondo. — 55. Occasioni nelle quali praticamente sorge il concetto dell'utilità. — 56. Indirizzo attuale e legislazione moderna. — 57. Testi romani in appoggio del principio di utilità. — 58. L'utilità e l'inalienabilità della servitù; l'utilità e le *servitutes in faciendo*.

52. Lo sviluppo del concetto di utilità è forse la parte più pratica in tutto quanto il trattato generale delle servitù: ciò malgrado molti scrittori sembrarono studiarsi di complicare e rendere più involuto quel concetto, anzichè cercare di presentarlo nella forma più semplice e più consentanea alle dottrine economiche accettate per lo apprezzamento dei beni destinati per servire all'attività umana di sfruttamento. Senza fissar prima bene il concetto economico di utilità, è vano ripromettersi di poter disciplinare la materia delle servitù in forma veramente giuridica. Or qual sia il vero concetto economico della utilità delle cose, neppure è agevole determinarlo: certo è che noi con la nostra industria e particolare abilità di sfruttamento siamo indotti a trar profitto da tutto ciò che ci capita davvicino e che si presenta a noi in condizioni adatte all'appropriazione. In altri termini, il primo nostro istinto è di ritener buono tutto ciò di cui ci possiamo impadronire e a tutta prima: poi magari col nostro comodo ci accorgiamo che delle cose di cui ci siamo impadroniti non tutte sono egualmente utili a noi. E per queste cose avviene un fenomeno singolare: noi non ci vogliamo persuadere mai che vogliano essere completamente inutili, ora o per l'avvenire, e se non a noi almeno ai nostri simili ai quali procuriamo di trasmetterle per mezzo di corrispettivo. Se poi per caso ci accorgiamo trattarsi di cosa del tutto e assolutamente inutile, la gettiamo senz'altro; ma prima di giungere a questo moltiplichiamo i tentativi fino a che ci persuadiamo del tutto dello stato delle cose. Singolare dunque nella nostra natura è che noi non abbandoniamo l'opinione

Digitized by Google

della utilità delle cose che sono nella sfera dell'attività nostra se non quando le abbandoniamo *pro derelictis:* appunto perchè non sappiamo concepire la proprietà di una cosa che in un modo o nell'altro non possa esserci utile. E, siccome l'opinione dell'utilità è un tutto del tutto soggettivo; così può darsi che una stessa cosa ad uno possa apparire in qualche modo utile e ad altro in ogni modo inutile e che perciò da uno sia conservata e dall'altro abbandonata o gettata. Come potrà dunque il giureconsulto, nei casi dubbi, arrivare a comprendere se una cosa costituisca davvero un'utilità per chi la possiede, oppure sia per esso del tutto inutile?

La domanda è ingenua, perchè qui non risponde la scienza, ma il buon senso e il senso pratico della vita. Se trattasi di cose che non hanno in sè alcuna forza viva o vitale, di materia inerte e lasciata al primo occupante, il fatto stesso che l'accorto padre di famiglia ne prende possesso e ne fa oggetto della sua proprietà significa ch'egli dunque crede di trarne e ne può trarre effettivamente un'utilità. Se si tratta di pietra sulle roccie dei monti e della quale nessuno fa conto alcuno (giungendo taluno in terreni meno alpestri fino a premiare chi si assume l'ingrato incarico di asportarla per isgombrarne i luoghi), può tuttavia alcuno per eccezione e senza spesa appropriarsela o come *res nullius* o per tacito consenso del proprietario, allo scopo di fabbricarsene un forte per quanto rustico abituro. Ne deriva di conseguenza che anche in questo caso le pietre dànno una utilità a chi ha occasione di servirsene e può servirsene; mentre nella maggior parte dei casi non presentano che un dannoso ingombro. Ma nel caso di servitù questo ragionamento sarebbe inutile; perciocchè la servitù si stabilisce su di un fondo che presenta già una utilità (se così può dirsi) *optima maxima*, essendo appunto oggetto di uno *ius optimum maximum* qual è il dominio. Laonde la utilità che si ottiene colla servitù è della stessa consistenza economica di quella che si ottiene per la proprietà: l'intensità ossia la quantità è diversa, ma la natura è la medesima e medesima è la specie dello sfruttamento, perchè si tratta sempre del medesimo fondo che colle varie utilità sue concorre ad uno stesso sistema economico di utilità combinate e concorrenti. E quando noi ci troviamo in

Digitized by Google

presenza di un fondo che trovasi in proprietà di taluno, dobbiamo naturalmente supporre che il fondo stesso sia anche suscettibile di uno sfruttamento a titolo di servitù, se non altro ed almeno per quelle qualità e per quei requisiti d'ordine generale che sono congiunti a qualsivoglia edificio o a qualsivoglia suolo, per le stesse loro condizioni naturali.

Basterebbero già questi concetti generali, e quello soprattutto che l'utilità derivante dalla servitù è un fenomeno tutto subbiettivo nell'economia e nel diritto, per gettare taluni capisaldi nella teoria dell'utilità in materia di servitù prediale; ma, poichè la dottrina si è affannata lungamente e si affanna tuttora per vie diverse e non egualmente diritte come quella che si diparte dalla pura fonte dell'economia e che fino ad ora ci è stata di guida nel presente ragionamento, ci sembra opportuno seguire la dimostrazione anche per questa via, comunque cautamente. Senza dubbio, d'altra parte, non per nulla una trattazione su questo terreno si trasporta anche nel campo giuridico: dappoichè, se altro non si dovesse dire oltre quanto risulta dalle teorie economiche, non solo il ragionamento sarebbe finito qui, ma potrebbe restarci anche il rimorso di aver invaso il campo di quelle teorie per fare un'applicazione poco interessante, perchè punto caratteristica, dei principî generali ed elementari della dottrina stessa: mentre, completando il discorso colla stretta logica e tecnica giuridica, questi principî potranno servirci come quasi di pietra di paragone e di controllo per misurare l'esattezza delle nostre conclusioni.

Il Brugi (1), esaminando il requisito della utilità nella servitù prediale secondo il diritto romano e il diritto odierno, giungeva a queste due conclusioni: che quel requisito « debba essere scientificamente studiato e praticamente valutato in relazione alla dottrina della vicinanza che il diritto formula in base a ciò che è richiesto dalla necessità delle cose e dai bisogni dell'agricoltura e dell'industria »; e che perciò « il contenuto della servitù prediale eccede sempre il limite del necessario, creando una nuova qualità utile nel fondo

(1) Studio IV sulla dottrina romana delle servitù prediali (*Archivio giuridico*, 33, 1884, pag. 216), e studio V (*Archivio giuridico*, 34, 1885).

Digitized by Google

dominante o procurando un più comodo soddisfacimento dei bisogni del fondo stesso, e rappresentando in ambedue i casi una *melior causa praediorum* ». Quell'A., che ha sempre mantenuto in seguito la convinzione della influenza del rapporto vicinale sul requisito dell'utilità, partì dal concetto che la vicinanza si debba studiare e come dipendente e come indipendente dalla convenzione tra vicini: nel che mostrò aperta simpatia colle vedute del FREUND (1), il quale dimostra la proprietà soggetta e all'autorità pubblica e agli interessi di vicinato a un tempo mediante limitazioni, che sono piuttosto conseguenze del contenuto del diritto stesso di proprietà anzichè ostacoli che sorgano al difuori e si sovrappongano alla proprietà stessa, la quale come prodotto dell'ordine giuridico sorgerebbe appunto con quelle stesse limitazioni che ad osservatore meno profondo possono appunto sembrare il prodotto di una influenza esterna sovrapposta o sopraggiunta. Ma, alla applicazione di tale dottrina, che del resto vede riprodotta in qualche parte del diritto statutario, trova ostacolo nelle indennità che talvolta trae seco una limitazione anche soltanto legale del diritto di proprietà: ostacolo che non troppo insistentemente respinge col riflesso della espropriazione forzata di parte del fondo vicino e col principio di equità che niuno può avvantaggiarsi a danno altrui. Ma questa soluzione è troppo semplice e comoda per soddisfare tutti e risolvere una difficoltà della quale nessuno v'ha che possa dissimularsi la vera grande importanza: il concetto di espropriazione viene in campo non per semplificare ma per intricar la posizione giuridica presa in esame.

Qual è infatti la base di un'espropriazione forzata fatta non solo o non tanto per utilità pubblica quanto a scopo finale di utilità privata? Il rapporto di vicinanza, anche prescindendo da ciò, non dovrebbe adagiarsi placidamente su relazioni pacifiche che suppongano più uno stato di familiarità che uno stato di guerra, e ad ogni modo rivelino l'andamento pacifico e calmo di una condotta inspirata da una parte e dall'altra a criteri di calma evoluzione e di

(1) *Die gesetzlich. Beschränkungen des Grundeigenthums in röm. Recht.*

Digitized by Google

convinzione profonda che così e non altrimenti debba l'esercizio della proprietà comportarsi per rendere possibile la socievolezza? Si tratta, è vero, di argomentazioni teoriche; ma queste, benchè dissimulate tra le righe dei responsi dei giureconsulti, non tardano a manifestarsi all'analisi paziente della scienza: poichè (nè ci stancheremo di ripeterlo) anche negli studi e nella pratica del diritto dietro la cosa si trova sempre l'idea che illumina e che sfavilla giustificando, spiegando, raccomandando i sistemi pratici. Or dunque, anzitutto conviene distinguere tra rapporti di vicinanza che si stabiliscono per equilibrio naturale e rapporti di vicinanza che si stabiliscono per equilibrio economico prodotto da compensi pecuniari: nel primo caso abbiamo un rapporto necessario, nel secondo un rapporto volontario; nel primo il cosiddetto abitualmente rapporto di servitù legale, nel secondo il rapporto di servitù convenzionale. Or dunque, trattandosi di rapporto necessario per ragioni naturali o generali imprescindibili, evidentemente non si deve indennizzo, solo o soprattutto perchè il fondo serviente è a sua volta dominante e il dominante è a sua volta serviente; diguisachè i vantaggi e le perdite si compensano da una parte all'altra e sporge così un equilibrio completo. Nell'altro caso invece, cioè quando si tratta di una servitù prediale convenzionale importante modificazione o aggravamento dei rapporti di vicinanza naturale e necessaria, l'equilibrio deve stabilirsi per la stessa convenzione che creò il rapporto reale da fondo a fondo.

Ma vi sono anche dei casi nei quali gli stessi rapporti di vicinanza legale obbligatoria dànno diritto a indennizzo in favore del fondo serviente: e questi casi sono: (art. 594 Cod. civ.) diritto di accesso o passaggio: (art. 603 Cod. civ.) diritto di condotta per introduzione di acque: (art. 609 Cod. civ.) diritto di condotta per scolo di acque. Essi sono caratterizzati dal fatto dell'uomo, contrapposto alla sua inerzia rimpetto alle forze naturali. Vi è occupazione vera del fondo altrui, direbbe il Brugi. Or dunque, posto a riscontro il diritto all'acquedotto manufatto per ragioni di comodo particolare o per espellere o per introdurre acque, col diritto di scolo o di ricezione delle acque che naturalmente sono tras-

Digitized by Google

portate attraverso ad una zona di terreno secondo l'inclinazione, si scorge questa importantissima differenza: nell'un caso la eliminazione o la condotta delle acque è il prodotto di un piano di sfruttamento che fa l'uomo per suo particolare calcolo e divisamento; nell'altro l'uomo non ha che vedere e deve soltanto lasciare il passaggio al *flumen* che la natura stessa dispone e avviva come effetto delle pioggie e delle vene naturali di acqua a fior di terra, attraverso una zona territoriale disposta per un medesimo versante. È quindi naturale che, trattandosi di opera dell'uomo non per aiutare o accompagnare nel suo percorso una forza viva o spontanea della natura, ma per suscitarla e promuoverla, sia mestieri provvedere al ristabilimento dell'equilibrio così turbato, per mezzo di un compenso o corrispettivo pecuniario. Lo stesso dicasi per il diritto d'accesso o passaggio sulla proprietà altrui: l'accedere o il passare è un fatto umano volontario, per quanto la necessità ne sia vera e forte consigliera. Ma è anche possibile immaginare che un proprietario non si muova mai dall'eremitaggio di una sua proprietà interclusa; che vi trovi tutto quanto è necessario ai comodi della sua vita. Si tratta di un'astrazione, che non trova mai (può dirsi) la sua traduzione nella pratica della vita: ma non è del pari possibile, d'altro canto, neppure la semplice astrazione che le acque, correnti al loro naturale deflusso per un versante nella crosta terracquea, ristagnino in tutto o in parte in un determinato luogo e vi formino dei fossi chiusi o delle paludi. Ciò sarebbe contro i voti e l'ordine stesso di natura: la quale, avendo ordinato la crosta terrestre per versanti di displuvio da una parte e dall'altra di una giogaia di monti che segna la linea dello spartiacque, con questo evidentemente ha dimostrato di voler che le acque stesse defluiscano regolarmente senza intoppi, senza impedimenti; non per altro se non perchè ciò conferisce alla sistemazione fisica del globo terrestre e rende possibile un dato sistema di corsi d'acqua, di bacini lacuali, di torrenti e di ruscelli. E se questo sistema fa parte dell'ordine di natura, evidentemente per adempierlo si compie l'interesse generale e non già l'interesse di uno od altro fondo: oltredichè non v'ha fondo che si sottragga a questa legge in condizioni di perfetta reciprocità, vale a

Digitized by Google

dire ricevendo le acque dal fondo superiore e trasmettendone nel fondo inferiore quella parte che sopravanza dal deflusso e dall'assorbimento del fondo superiore e che si forma per la conformazione del suolo nello stesso fondo proprio, tenuto conto delle ineguaglianze e dei frastagliamenti che esso presenta.

53. Nessuna obbiezione seria può quindi farsi al concetto che tutte le limitazioni legali sono veramente il contenuto giuridico della proprietà stessa o di quel contenuto giuridico rappresentano le conseguenze. Ma, quando si tratta di rapporti di servitù convenzionali, che la legge non rende obbligatorî come l'acquedotto coattivo, lo scarico coattivo, il passaggio coattivo, ma che risultano da libera contrattazione tra le parti (e sia pure tra vicini), sembra che il ragionamento debba cambiare. Se non è più la legge che, interpretando e sanzionando le esigenze della natura, renda obbligatoria, con o senza corrispettivo, la prestazione di una determinata utilità da un predio ad un altro predio, ma è la stessa attività umana nel giudizio di quanto è più conforme al proprio interesse, la conformazione dell'istituto che ne sorge, appunto per il modo come sorge e per la sua origine, sembra essere diversa, ma il contenuto del rapporto giuridico non sembra sostanzialmente cambiare. Si tratta sempre di fondi vicini, che senza lesione reciproca che non sia equilibrata da un corrispettivo convenuto o da un'aperta intenzione di liberalità da parte del serviente, pongonsi tra di loro in rapporto volontario per completare il sistema del proprio rispettivo sfruttamento della proprietà; potendo ciascuno di essi rifiutarsi al modo stesso che accede al vincolo. Ora certamente questo resultato giuridico positivo del trasferimento da parte a parte delle attività e delle forze naturali di sfruttamento del suolo coltivato o edificato suppone un giudizio di convenienza da parte di entrambi i proprietari dei fondi vicini e che si traduce realmente nella destinazione del fondo proprio ad uno od altro sistema di coltura, ad una od altra disposizione edilizia.

Questo fatto della destinazione dell'uomo che si sostituisce, ov'è possibile, alla destinazione della natura, e, dove non è

Digitized by Google

possibile, la completa, senza dubbio crea un sistema di utilità di cui prima veramente non si aveva traccia e neppure si avvertiva la necessità. Certamente, non può rifiutarsi all'uomo di crearsi dei sistemi di sfruttamento del suolo o coll'edificarvi o colla coltivazione, purchè non contrasti alle leggi della natura e della consociazione: poichè, in caso diverso, in che consisterebbero le facoltà inerenti al diritto del proprietario sulla cosa sua? Egli dovrebbe contentarsi di una stentata pastorizia nè per lo meno potrebbe aspirare a quello sfruttamento agricolo che richiede uno scuotimento della terra ad una maggiore o minore profondità: la stessa formazione dell'*humus*, per quanto superficiale, costituirebbe già di per sè un'opera dell'uomo che si sovrappone all'opera della natura e che tenta di rivolgere l'opera stessa della natura per uno o per altro senso. Ancor più questo dicasi per le edificazioni che gettano profonde fondamenta nel sottosuolo e che si librano arditamente, ma di rado in masse gigantesche, per gli spazi aerei. Or tanto la coltivazione quanto l'edificazione sono fatti inerenti alla proprietà del suolo, comechè limitati dalla legge perchè il diritto di ciascuno non cozzi col diritto di tutti gli altri: e se questo sfruttamento non è che una espressione dell'esercizio della proprietà, anche le modalità secondarie dello sfruttamento stesso appartengono all'esercizio del diritto di proprietà e ne formano quasi il complemento e l'adattamento. Se io intendo destinare il mio fondo a una coltura che ha bisogno d'irrigazione artificiale, oppure il mio fabbricato ad opificio in cui si debba trasportare l'energia elettrica a distanza attraverso fondi vicini; se ho bisogno o sento l'utilità di formare una marcita nel mio terreno impedendo alle acque colaticcie di passare nel fondo sottostante, epperò costruisco nel mio fondo dighe ed argini, rendendo impossibile al proprietario inferiore l'utilizzazione per lo stesso scopo delle acque di naturale deflusso; se mi sembra utile scavar la terra e rompere le vene d'acqua che passano nel fondo vicino: in tutti questi e in mille altri casi di destinazione del mio fondo in un modo anzichè in un altro, la mia decisione è sovrana *iure proprietatis*, benchè nei limiti prefissi dai rapporti necessari di vicinanza.

Digitized by Google

Ora tutto starà a determinare quali siano le conseguenze giuridiche di questa destinazione: se si tratti di un uso innocuo del diritto di proprietà secondo la natura e la legge e del quale il proprietario del fondo vicino non abbia diritto a muovere lagnanza; oppure se si tratti di lesione alla proprietà vicina, il cui proprietario, richiesto nelle forme legali, non possa rifiutarvisi verso adeguato compenso; o infine se si tratti di una lesione non obbligatoria, alla quale cioè il vicino possa rifiutarsi come può piegarsi con o senza corrispettivo, ma il più delle volte e normalmente mercè corrispettivo. In ciascuna di queste tre ipotesi la formazione e la causalità e la conformazione del rapporto è, fino ad un certo punto, diversa, ma il contenuto e la conseguenza è unica: vale a dire l'attivazione di un istituto di servitù da fondo a fondo, con iscambio di utilità a seconda della destinazione che ciascuno crede opportuno dare alle cose proprie. La destinazione dell'uomo, quando è compatibile colle esigenze sociali, è ad ogni modo il complemento dell'opera della natura, e, se così può dirsi, della destinazione della natura: lo stesso contenuto è di questi diritti parziali e del diritto maggiore, anzi massimo, rappresentato dalla proprietà. Lo stesso contenuto non come quantità economica o giuridica, ma come qualità o facoltà di estrinsecazione esteriore; diguisachè la giustificazione dell'attività umana in un caso e nell'altro risulta come il prodotto d'una medesima giustificazione e quasi d'uno stesso principio informatore. Poichè difatti non si dà servitù prediale senza proprietà di un fondo, ne deriva di conseguenza che il terzo osservatore, quando ferma la sua attenzione sopra un fondo e sul modo con cui il proprietario lo utilizza, osserva vari fatti di sfruttamento, che non sempre a prima vista sa spiegarsi se si debbano attribuire al diritto di proprietà isolato oppure al diritto di servitù, vale a dire all'esercizio della proprietà sul proprio fondo in rapporto colle proprietà e coi proprietari dei fondi vicini. Allorchè per virtù di analisi l'osservatore sarà riuscito a sceverare l'una dall'altra configurazione del diritto di proprietà e del suo esercizio, potrà a suo bell'agio cercare e svolgere delle norme regolatrici distinte per il diritto di proprietà sul fondo proprio e per il diritto di servitù sul

Digitized by Google

fondo altrui come complemento del diritto di proprietà sul fondo proprio.

Ma questa distinzione desunta dagli effetti di un solo diritto, secondochè è considerato in sè o in rapporto con altri diritti della stessa natura su fondi vicini, ossia secondochè considerato nella sua vita autonoma, o nella sua vita di relazione, non toglie che la causa e la fonte dei due diritti o delle due forme di uno stesso diritto debba considerarsi la stessa. Ciò che accade per la proprietà è presso a poco lo stesso di quanto accade per la libertà. La libertà è un principio della nostra vita fisica e morale che si trova supremamente affermato dalle stesse leggi di natura: ma le leggi di natura e quelle insieme della consociazione (come dalla natura è voluta e ordinata) esigono che la libertà di ciascuno trovi dei limiti nella libertà di tutti gli altri. Ora i limiti della libertà di ciascuno costituiscono ad un tempo parte del contenuto della libertà di tutti gli altri; e così i limiti alla proprietà di ciascuno (siano dessi coattivi o convenzionali) costituiscono parte del contenuto della proprietà di tutti gli altri. Nè v'ha sottigliezza o artificio ingegnoso di costruzione che valga a farsi considerare il diritto di servitù come costituente corpo a sè, staccato e distinto dalla proprietà vuoi del fondo dominante, vuoi del fondo serviente.

Ma ha un limite l'attività umana nel crearsi sempre nuove forme di utilizzazione o di sfruttamento del proprio fondo per mezzo di servitù acquistate sul fondo altrui o concesse al fondo altrui? Un tale quesito si presenta urgente ai romanisti che ebbero il pregio di darle anche una formulazione veramente scientifica, domandandosi entro quali limiti possa muoversi l'autonomia dei privati al luogo della legge, o, in altri termini, a quali accordi tra vicini sia riserbata per diritto romano la forma di un rapporto giuridico *in rem*. A tutte le convenzioni tra vicini è fatta la possibilità di tradursi in servitù prediali, oppure a taluna soltanto di esse o per la causa del rapporto giuridico, o per la sua conformazione? A queste interrogazioni potrebbero darsi delle risposte più o meno ragionate e ragionevoli: ma, poichè si tratta anzitutto di esaminare la cosa per diritto romano, è opportuno cominciare anzitutto dai testi di quella giurisprudenza.

Digitized by Google

Di utilità della servitù si trova fatta menzione nei testi. Nella l. 5, Dig. 8, 5, PAOLO, condotto ad esaminare la possibilità d'una servitù edilizia *altius non tollendi* malgrado l'interposizione tra la casa dominante e la casa serviente di un terzo edifizio non gravato, risolve per la possibilità della servitù sulla considerazione che *est utilitas servitutis*, appunto perchè nella utilità o meno della servitù consisteva la ragione del decidere. *Donec aedes interposita non extollatur*, risponde sostanzialmente il giureconsulto, cioè *rebus sic stantibus* e non potendosi prevedere che venga il giorno e qual giorno venga per l'innalzamento della casa stessa, può ritenersi che la servitù, dal momento che l'interessato ha creduto di acquistarla, abbia pure uno scopo di utilità pratica. Si dice peraltro che questo fr. è piuttosto ordinato a fissare un criterio distintivo tra servitù personali e servitù prediali: ma da quale indizio od argomento si sia potuto ricavare una tale conseguenza noi non vediamo. Più importante invece nel senso della distinzione tra servitù prediali e servitù reali è la l. 6, § 1, Dig. 8, 3, che distingue dall'usufrutto lo *ius calcis coquendae, et lapidis eximendi et arenae fodiendae aedificandi eius gratia, quod in fundo est, item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint.* Dopo di ciò verrebbe nel frammento l'argomento: *Quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit; et hoc et Maecianus probat in tantum, ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, aut, si hiems ingruerit, habeam quo me recipiam.* Dopo la prima risposta, che cioè i diritti di cuocer calce, di cavar pietre o sabbia per fabbricare sopra il proprio fondo, o di tagliare nel bosco del vicino i pali per le viti non abbiano nulla da fare col diritto di usufrutto; dopo questa risposta dunque sembrerebbe superfluo ripetere una domanda simile riportandola al principio generale della *melior causa*, come se il caso precedentemente fatto e risoluto non avesse avuto che fare da suo canto colla *melior causa*, oppure se l'ipotesi stessa primamente fatta potesse o no aver tratto ad una tale *melior causa*. Ma questo davvero non si comprende, poichè senza dubbio quelle utilità sopra

Digitized by Google

descritte ridondano tutte, in ultima analisi, a beneficio di un fondo dominante, del quale aumentano il prezzo e il valore.

Assai probabilmente quell'interpellazione *quid ergo, si praediorum meliorem causam haec faciant,* è il prodotto di un'interpolazione dei compilatori i quali in quel momento pensavano ad una *melior causa* e volevano a tutti i costi incastrare questo concetto nel frammento di PAOLO; perdendo di vista che scopo principale del giureconsulto era distinguere l'usufrutto dalle servitù prediali e non già indagare sul requisito di causa di queste stesse servitù, al modo stesso che i moderni in parte perdono anch'essi di vista questo scopo del giureconsulto per correr dietro colla Glossa ad un requisito di necessità, del quale il giureconsulto non fece proposito. Ma dalla l. 8, Dig. 8, 1, ove sono dallo stesso PAOLO escluse le servitù *pomi decerpendi, spatiandi, coenandi in alieno,* si viene alla conclusione che dunque per sola causa di necessità sia ammessa la servitù prediale. CUIACIO (1), esaminando queste specie giuridiche, osserva che esse non riguardano servitù prediali perchè il contenuto di quel diritto non presenta nulla che possa avere riferimento *ad utilitatem, amoenitatem vel habentiam praedii;* che non riguardano neppure servitù personali, perchè non hanno che fare coll'usufrutto al quale tutte le servitù personali appariscono e sono assimilate: e afferma per conseguenza che si tratta di meri e semplici rapporti obbligatorî aventi quel contenuto che è reso palese per le parole stesse che esprimono e qualificano il diritto relativo. La dimostrazione del CUIACIO forse può non ritenersi del tutto completa, perchè intanto sembrerebbe opportuno dimostrare anzitutto come e perchè tutte quante le servitù personali debbano modellarsi sullo stampo dell'usufrutto, tutte senza distinzione. Successivamente, e sempre, fu un continuo oscillare della dottrina tra il concetto assoluto di una necessità eguale per tutti e da tutti egualmente avvertita, e il concetto di un'utilità, di un'amenità, di una *voluptas* che, certamente, benchè da tutti intesa e apprezzata, non

(1) *Observat.*, lib. 24, cap. 22 (*Operum*, III, col. 701, D. Neapoli 1758, ex typ. Moriana).

Digitized by Google

può rappresentare per tutti la medesima intensità di bene economico e di soddisfazione materiale e morale.

Lo JHERING (1), partendo dal concetto di uno scambievole sussidio tra fondi vicini e che la servitù prediale è il criterio del valore intensivo della proprietà fondiaria, conclude che il diritto non deve far dipendere la possibilità di un sopportabile rapporto tra vicini dalla buona volontà del vicino. Nella servitù prediale, secondo il suo modo di vedere, l'utilità non dovrebbe confondersi colla necessità assoluta, ma si avrebbe un accrescimento di utilità, di comodità, di gradevolezze, che dal semplice bisogno, sistemato nei rapporti di vicinanza, sarebbesi trasformato in qualche cosa di più soggettivo e variamente apprezzabile a seconda delle persone e delle circostanze di fatto. Ma neppure nella teoria dello JHERING noi troviamo seriamente determinato un limite, oltre al quale non sia lecito a privati lo andare per foggiarsi rispettivamente un rapporto di servitù: se la necessità, la voluttà, l'utilità od altro criterio che possa rendersi atto ad una misura positiva e ad un'applicazione pratica generale per tutti oppure variante da persona a persona, ma in base a certi determinati criteri che sia possibile seguire e valutare senza più o meno grave ripugnanza o incertezza o contraddizione. La comune dottrina a questo riguardo è tuttavia rappresentata da ciò, che il bisogno del fondo dominante sia decisivo e per il contenuto e per la misura dell'esercizio della servitù.

Ma gli equivoci furono largamente disseminati su questa materia sin dapprincipio; perciocchè, accanto alla eccezione che consentiva la servitù in grazia dell'*amoenitas*, si avvertì una forte necessità di determinare che cosa dunque s'intendesse per bisogno e se e in qual rapporto il bisogno fosse coll'utilità. Si arrivò a sostituire al bisogno il valore del fondo come tale e non in rapporto alla persona del proprietario soltanto: dal bisogno al valore, dal valore al bisogno si rischiava di travolgere il concetto della possibilità della servitù prediale in un giuoco di parole che rivela una grandissima e assoluta povertà di pensieri. Dagli avanzi del naufragio si giunse appena a salvare un principio, una norma

(1) *Jahrbücher*, p. 96.

Digitized by Google

che può ritenersi quasi assiomatica di per sè stessa: che la servitù prediale cioè costituisca un aumento nel valore economico del fondo dominante ed una diminuzione di valore nel fondo serviente, indissolubile rimanendo la diminuzione dall'aumento o viceversa, e indissolubili pur presentandosi questi due fondi nei loro rapporti reciproci. Oltre al rapporto economico, vi è dunque anche un rapporto giuridico, che chiaro apparve alla mente bene equilibrata del ROMAGNOSI nello studio della sistemazione delle acque (1): ma neppure questo si dimostra sufficiente per determinare completamente la natura e l'indole dell'istituto delle servitù prediali. Tra la figura della servitù reale e quella della servitù personale, teoricamente, la distinzione non appare davvero molto difficile: il vantaggio, l'utilità, l'interesse per la persona ci è sempre. Ma quando questa utilità o questo vantaggio alla persona giunge attraverso la cosa di sua proprietà e solo in tanto in quanto egli n'è il proprietario, abbiamo la servitù prediale; che se una tale utilità o un tale beneficio non richiede la proprietà di fondo alcuno, allora certamente si ha una servitù meramente personale.

E fin qui, per quanto l'applicazione pratica non presenti la facilità che l'esposizione teorica sembrerebbe lasciar supporre, le cose procedono normalmente e senza sforzi: ma la cosa diventa ben più grave, quando si tratti di vedere se l'uomo abbia la scelta tra un semplice rapporto obbligatorio e un rapporto di servitù, oppure se debba attenersi all'uno anzichè all'altro di questi due rapporti. Sembra che la risposta possa cercarsi anche all'infuori del concetto generico delle utilità e del concetto specifico di una determinata utilità concreta. Non istà certamente all'uomo di definire o caratterizzare i rapporti giuridici ai quali egli dà vita: sono la dottrina, la legislazione, la giurisprudenza che si assumono un compito tale. Creare un rapporto meramente obbligatorio e pretendere di battezzarlo come un rapporto di servitù è come seminar girasoli e pretendere che nascano rose: la logica del diritto è più forte della logica dell'uomo e questo non ha bisogno di dimostrazione. Ma la difficoltà maggiore

(1) *Della condotta*, § 520.

Digitized by Google

consiste nel vedere se un rapporto vero di servitù, ossia un rapporto che supponga la esistenza di due fondi come base della esistenza propria, possa a volontà di parti interessate tramutarsi in un semplice rapporto obbligatorio. Senonchè anche questo è vietato, e non pure dalla ragion dei contrari, bensì ancora per ragione inerente all'istituto che non può terminare se non come ha cominciato; e cioè che è partito da un fondo per raggiungere l'altro fondo, quantunque il suo esito finale sia a beneficio e a soddisfazione dei bisogni o delle utilità, della voluttà o delle necessità della persona del proprietario del fondo dominante. Si potrebbe pertanto pretendere di eliminare senz'altro il requisito delle utilità dal novero dei fattori che possono concorrere alla caratterizzazione del rapporto di servitù e alla sua distinzione specialmente dai rapporti obbligatorî o meramente personali. Insomma, a prescindere dalla utilità o dal grado di utilità che si risente da un dato rapporto giuridico tra fondo e fondo, la servitù è caratterizzata dai rapporti di scambio del servigio che passa appunto da fondo a fondo, senza riguardo alle persone tranne che in via riflessa e come ultima ripercussione dell'utilità del fondo dominante sul proprietario che sfrutta e il fondo e le utilità del medesimo. E tanto è vero che il concetto dell'utilità e della sua finale ripercussione è indifferente pel concetto giuridico delle servitù, che noi abbiamo ritenuto di poter dare una definizione, per sè completa, di servitù, senza fare il menomo accenno al concetto di utilità, oltre quanto può riguardare il contenuto oggettivo del concetto di servitù e sempre prendendo la parola *utilizzare* come sinonimo di *sfruttare* e *utilizzazione* di *sfruttamento*, ma non perchè la forma di utilità o la specie diversa di utilità possa influire sull'essenza della servitù; se non in questo che lo sfruttamento inerente alla servitù stessa non comprometta la prevalenza economico-giuridica del diritto di proprietà sulla cosa serviente. Ma ciò è anche poco per potersi dire che il concetto di utilità abbia influenza decisiva e sostanziale sulla compagine, sulla struttura e sull'essenza del concetto di servitù.

54. Resta dunque stabilito che il quesito sulla utilità delle servitù prediali non ha che fare colla definizione delle

Digitized by Google

servitù, e che quindi una ricerca in questo senso non significa nulla, o, se qualche cosa pur significa, il suo significato si rivela attraverso altri concetti che le servono come di veicolo e di piattaforma. Se il giureconsulto PAOLO ravvisa l'*utilitas servitutis* anche in una posizione in cui la servitù *ne liceat altius tollere* possa da un momento all'altro essere compromessa da una soprelevazione della *aedes interposita* (L. 5, Dig. 8, 5), non è già perchè trovi in questo caso un dato grado o una data specie di utilità che renda possibile l'esercizio d'una servitù prediale a petto d'una servitù personale o di altro diritto sulla cosa, ma realmente perchè egli pensa ciò ch'è di evidenza intuitiva e palese: che cioè la ragion d'essere di ogni servitù prediale verrebbe meno, qualora il fondo interposto, non essendo obbligato ad una determinata altezza, fosse dal suo proprietario soprelevato in modo da togliere luce ed aria al fondo che aveva acquistato il diritto di aver luce ed aria libera per un tratto dinanzi a sè. In questo caso dire che l'utilità resta, significa dire che resta la possibilità di utilizzare la servitù in modo che la costituzione di essa abbia o presenti un interesse pratico. Intanto, per il concetto che lo sfruttamento dev'essere fatto a benefizio di un fondo e sopra un altro fondo, questo ne consegue: che cioè l'utilità derivante dalla servitù e lo sfruttamento di quella utilità non deve uscire dal fondo dominante, considerando l'utilità stessa nel sistema di natura e non tanto per il lucro che il dominante può ritrarre, e attraverso di esso il proprietario, dal sopravanzo della materia utilizzata. La qual cosa si vede molto bene se con la mente si ricorre al sistema delle acque. Come si tragga profitto e quale profitto si tragga da un tale sopravanzo di materia utilizzata riesce poi quasi perfettamente indifferente: certo è che, se un tale sopravanzo si fa uscire dal fondo dominante anche sotto forma di servitù passiva a benefizio di un terzo fondo vicino dominante, a questo punto cessa il rapporto di servitù dei due fondi originari tra di loro e vi si sostituisce il rapporto tra uno dei due fondi originari e il terzo fondo, a cui favore si devolve il sopravanzo della materia ch'è oggetto dello sfruttamento. E noi sappiamo che, per quanto una lunga fila di fondi interposti rappresenti la

Digitized by Google

distanza tra due fondi, di questi l'uno non cessa di esser dominante e servente l'altro come se fossero rigorosamente contigui. Questo sopravanzo può costituire un ingombro inutile per il fondo dominante (ma ciò davvero non si suppone di fronte al fatto d'una convenzione che il proprietario dominante cercherà evidentemente di fare a solo suo vantaggio e non a proprio danno); ma normalmente costituisce una migliore qualità del fondo, se e finchè per tale può ritenersi una qualità che non si può sfruttare per sè e non si può trasmettere ad altri. Sembra dunque certo che il bisogno del fondo dominante, la sua durata e la sua estensione, in altri termini la sua qualità e la sua quantità non hanno alcuna influenza sulla servitù prediale, ma solo aumentano il valore e la produttività economica del fondo stesso, benchè fuori del fondo dominante medesimo non possa essere utilizzato. Così si sfugge anche il requisito del bisogno: l'utilità, per così dire, si assesta e si distribuisce da sè sul fondo dominante e trova un equilibrio con tendenze più o meno stabili nel fondo stesso; la qual cosa può anch'essa agevolmente riscontrarsi in materia di acque.

Tutto ciò che non può entrare nel contenuto d'una servitù prediale perchè lo divieta la natura di questo diritto, può, si domanda, formare oggetto di un'obbligazione? Sì, purchè non ricorra alcun divieto generico alle contrattazioni; e non già perchè si tratti o non si tratti di sopravanzo della materia utilizzabile, o perchè si trovi un ostacolo nel fondo che, oltre un minimo o un massimo di utilizzazione regolata sopra i suoi bisogni, non possa in altro modo, di queste utilità o di questa materia che riceve, formare a sè stesso il contenuto d'una servitù prediale giuridicamente possibile. Che se si vuol richiamare a tal riguardo quella stessa teoria dell'interesse, le cui radici sono propriamente nella materia delle obbligazioni, allora soltanto può sorgere una tale difficoltà per chi non riflette che il proprietario del fondo dominante farà sempre una più rigorosa ricerca del proprio interesse a utilizzare una servitù, che non faccia o possa fare per esso la legge o il magistrato. Se, p. e., l'acqua di sopravanzo nuocerà oppure non gioverà (benchè in tali casi il non giovare corrisponda al nuocere) al fondo dominante, lo

Digitized by Google

stesso proprietario di questo fondo cercherà di limitare lo sfruttamento ch'è il prodotto del suo diritto di servitù, nei confini del necessario, dell'utile o del voluttuario; oltrepassando i quali, pur di poco, si debba fatalmente cadere nel dannoso. Quindi l'esclusione di una certa dose di sfruttamento dal contenuto di una servitù prediale non tanto dipende da un maggior rigore nel requisito della utilità (sul quale non può cader controversia), quanto piuttosto dal rapporto esclusivo e diretto da fondo a fondo, che rappresenta la conseguenza necessaria della sistemazione della proprietà fondiaria; trattandosi di sfruttamento e di utilità da cosa a cosa e non direttamente da cosa a persona. Del resto l'esclusione fatta da PAOLO nella l. 8 pr., Dig. 8, 1, non ha che fare coll'*utilitas servitutis* richiamata da PAOLO stesso nella l. 5, Dig. 8, 5, e neppure coll'interesse vicinale di cui è traccia in POMPONIO nella l. 15 pr., Dig. 8, 1: essa riguarda piuttosto una impossibilità giuridica di contenuto.

Il *pomum decerpere*, lo *spatiari*, il *coenare* sono tutte utilità che si possono conseguire o sfruttare anche senza avere la proprietà del fondo vicino: questa è la ragione vera per la quale il giureconsulto conclude *servitus imponi non potest;* la quale conclusione, per vero, dal contesto del frammento e dalla sua posizione, nonchè dalla mancanza di una antitesi espressa, si può ritenere come limitata alla esclusione della servitù reale e non della personale. Siamo dunque, dice il giureconsulto implicitamente, in un campo di utilità, relativamente al quale non si può dire che ci troviamo in presenza di rapporti da fondo a fondo che rendano logica e indispensabile la costituzione d'una servitù prediale. E d'altra parte non bisogna sciupare un istituto giuridico di tanta importanza ricorrendovi quando non v'ha necessità di costruzione giuridica, ossia quando la stessa conformazione e lo stesso contenuto del rapporto non presentino i caratteri della servitù prediale. Che costituisca per un fondo vantaggio il diritto del proprietario del medesimo di andarvi a prendere qualche pomo, passeggiare o cenare nell'esedra del vicino, è cosa perfettamente indifferente anche quando e nei casi in cui la vicinanza dei fondi costituisce l'occasione prossima di questi atti di sfruttamento: poichè basta l'osservare potersi veri-

Digitized by Google

ficare dei casi nei quali anche all'infuori della vicinanza dei fondi vengono ad esercitarsi gli stessi diritti, senza difficoltà e senza ostacoli. Or la costruzione del rapporto giuridico dev'essere in un determinato modo per tutti i casi, univocamente, quando il contenuto n'è il medesimo; e non può, a identità di contenuto, variare da caso pratico a caso pratico sol per la presenza e la complicazione di qualche altro rapporto giuridico, come nel caso nostro sarebbe il rapporto di proprietà. E questo anche a voler considerare aumentata la utilità dello sfruttamento per la vicinanza del fondo il cui proprietario ha lo *ius pomum decerpendi, spatiandi, coenandi* al fondo sul quale un tal diritto viene ad esercitarsi: poichè la gradazione in più o in meno della quantità di un diritto non toglie nè aggiunge alla natura e alla conformazione del diritto stesso in sè, considerato e riguardato nella sfera in cui è destinato a muoversi e a ricevere sviluppo.

Si dice che l'interesse del fondo dominante è ad un tempo interesse del proprietario di esso fondo, e d'altra parte l'interesse del proprietario di quel fondo in molti casi ridonda a vantaggio del fondo posseduto (forse perchè si ritenga aumentarne il valore?); ma in ciò dire non si riflette che il fondo, non essendo soggetto, sibbene strumento di diritti, di utilità, di vantaggi, non è possibile in natura delle cose concepire altro interesse da quello infuori del proprietario del fondo dominante. Se l'esistenza di un fondo dominante si presenta come necessaria perchè possa costituirsi ed esercitarsi una servitù, ciò non accade già per il motivo che sia il fondo dominante lo scopo dell'utilità e il termine dell'interesse prodotto dal rapporto di fatto che scaturisce dal diritto di servitù; ma bensì per la ragione che la servitù rappresenta un elemento essenziale per la conformazione della proprietà e per lo sviluppo dei rapporti di vicinanza, in quanto tali rapporti formano precisamente parte essenziale del contenuto della proprietà in una data zona di territorio o in un dato versante oro-idrografico, giusta le condizioni fisiche della superficie terracquea e del sottosuolo, di cui ci siamo occupati per delineare un piano generale dei rapporti di vicinanza, specie relativamente alle acque.

Digitized by Google

Ritengasi dunque esatto quanto dice l'ELVERS (1), che cioè l'utile della servitù dev'essere ottenuto mediante interposizione del fondo dominante, talchè senza il possesso di un tale fondo non si possa concepire alcun vantaggio proveniente dall'esercizio della servitù; ma è perfettamente inutile mettere in campo come criterio indispensabile il concetto di un interesse che il proprietario ottenga mercè un aumento di valore del fondo dominante. Basta insistere sul concetto caratteristico della servitù reale di fronte alla personale, ossia sul servigio da fondo a fondo prescindendo dalle persone dei proprietari; perchè il rapporto fisico di vicinanza territoriale non è dei proprietari, ma dei fondi. Quelle specie di *iura pomum decerpendi, spatiandi, coenandi* non possono essere costituite a favore di alcun fondo ma solo a favore di persone, per la ragione semplicissima che non sono diritti che si prestino in alcun modo alla configurazione di rapporti di vicinanza o alla sistemazione territoriale dei fondi. Perchè nel diritto romano questi *iura* non si ricordino aver costituito neppure servitù personale, ma soltanto rapporti obbligatorî (per quanto il testo citato di PAOLO non deponga nè nell'uno nè nell'altro senso) vi saranno delle spiegazioni delle quali peraltro non è compito nostro occuparci. Una sola limitazione si può ricercare d'altra parte (come si disse): la l. 12, Cod. 3, 34, fissando che *non modus praediorum sed servitus aquae ducendae terminum facit*, allude a qualche cosa ch'è nella servitù, ma non corrisponde alla destinazione del fondo; per conseguenza a qualche cosa che risulta non pure dal titolo, come credette il BRUGI (2), ma da qualsivoglia altro modo di costituzione delle servitù e dal loro titolo. Al criterio del bisogno del fondo dominante ritiensi generalmente che non si avesse riguardo se non in mancanza di ogni criterio atto ad interpretare la volontà delle parti e i loro intendimenti.

Da questo principio, negativo quanto al bisogno, si possono trarre varie conseguenze. Anzitutto quella che, aumentando l'ampiezza del fondo dominante, non per ciò aumenta la quan-

(1) *Die Servituten*, p. 41.
(2) Memoria cit. in *Archiv. giur.*, 33, pag. 271.

Digitized by Google

tità o l'estensione della servitù: e viceversa l'altra che, per la diminuzione del bisogno del fondo medesimo non per questo diminuisce la quantità della servitù stessa (L. 25, Dig. 8, 3). Non occorre pertanto proporzione alcuna tra il bisogno e lo sfruttamento: basta che l'utilità proveniente dal fondo che serve non esca in modo alcuno dal fondo dominante, perchè altrimenti per la parte uscente quel terzo fondo verrebbe ad essere il veramente dominante. Anzi, noi abbiamo per di più un fr. di LABEONE (L. 19, Dig. 8, 1), dal quale risulta che nel vendere un fondo si può imporre ad esso una servitù anche se non è utile, come p. e. una riserva del diritto di condurre acqua per quel fondo (pur senza avere di tale condotta un bisogno); poichè può importare di avere una cosa o un diritto, quantunque attualmente inutile. Ciò che oggi è inutile, domani può diventare utile davvero: nè è il caso di distinguere tra inutilità assoluta e relativa, per la coltivazione e per l'amenità del fondo. La insufficienza di una posizione di fatto a creare un rapporto di servitù non può risultare se non dall'inettitudine assoluta a qualsivoglia utilità per il fondo a favore del quale la posizione stessa di fatto è stata costituita, o per il proprietario di esso fondo: la quale ipotesi solo con un grande sforzo di fantasia può tradursi in fatto.

La Glossa ritiene che quel fr. di LABEONE possa riferirsi ad una servitù pienamente utile, quantunque l'odierno titolare non abbia interesse immediato a giovarsene: ma questo non dice il giureconsulto, perchè, tra le altre cose, trattandosi di servitù imposta per destinazione del padre di famiglia, cioè dal proprietario stesso sul punto di alienare il proprio fondo o parte di quel fondo, non si può supporre naturalmente ch'egli imponga una tale servitù senza scopo, allora per la prima volta; e inoltre, poichè siamo in tema di servitù di acque da fondo a fondo, vale a dire sostanzialmente di servitù prediali, non è neppure presumibile che l'utilità del servigio scambiato stia soltanto di fronte a un proprietario del fondo dominante e non anche di fronte a tutti i proprietari del fondo stesso. Inettitudine assoluta di un dato stato di fatto a creare un rapporto di servitù rustica si ha per la l. 7, § 1, Dig. 8, 3, a causa dell'interposizione di un

Digitized by Google

fondo non serviente in mezzo ad altri due fondi che si pretenderebbero tra loro in rapporto di servitù rustica: ed è qui la natura del territorio che esige la continuità dello spazio da fondo a fondo; il rapporto di sistemazione territoriale essendo così fatto da esigere che la zona non sia interrotta e non abbia neppur soluzione giuridica di continuità. Il territorio interposto tra il principio e il termine del percorso della servitù deve formar parte di una sistemazione unica, la quale appunto costituisca parte della sfera d'influenza del rapporto di servitù, sia pure soltanto sotto forma d'interposizione per veicolo di medianità. Quanto alla inutilità, per essere dessa, giusta il comune consenso dei giureconsulti, la causa dell'estinzione della servitù, dev'essere evidente, cioè non dubbia: nel qual caso basterebbero i principî generali relativi alla necessità d'una causa pratica nei rapporti giuridici per dar la spiegazione idonea anche a questo fatto della estinzione di un rapporto che non risponde più al suo scopo, nè ad alcuno scopo pratico apprezzabile.

55. Il requisito dell'utilità o dell'attitudine qualunque siasi di una servitù a beneficio di un fondo presenta o può presentare qualche complicazione con l'ubicazione dei fondi che si trovano in un tale rapporto giuridico, avuto riguardo in ispecial modo alla costituzione della servitù stessa. Un fondo o una parte di un fondo acquista un determinato diritto di servitù sopra altro fondo: quel fondo dominante s'ingrandisce, e però si domanda se la servitù costituita a favore del fondo più piccolo, originariamente, debba intendersi estesa al fondo stesso, divenuto maggiore. E si domanda pure, nello stesso senso, se la servitù istituita a pro di una parte del fondo debba intendersi utilizzabile a favore del fondo intero: semprechè, bene inteso, la utilità di queste altre parti o la utilità delle parti aggiunte non sia inferiore all'utilità della parte o del fondo minore per cui la servitù fu originariamente costituita. Nella l. 5, Dig. 8, 3, ULPIANO, riportando senza commento da PLAUZIO un'opinione di NERAZIO sull'*haustus*, sul *pecoris appulsus*, sullo *ius cretae eximendae et calcis coquendae*, esclude questi diritti qualora non siavi vicinanza di fondi; per di più ritiene che la servitù *calcis*

Digitized by Google

coquendae e quella *cretae eximendae* non possano costituirsi oltre il bisogno del fondo al quale debbono servire. Come può questa limitazione alla possibilità di costituzione d'una servitù prediale armonizzarsi colla facoltà illimitata di concepire e di applicare il concetto di utilità nei rapporti da fondo a fondo, secondo il modo di vedere del proprietario dominante; e con quali criteri, data questa limitazione della legge, si potrà argomentare del bisogno del fondo dominante? E anzi, come si potrà a questo riguardo pretendere di adottare uno o più criteri assoluti, la cui applicazione si presenti generale per tutti i casi? Anche volendo concludere che il requisito del bisogno si limiti all'applicazione di taluni concetti negativi soltanto, nel senso cioè che in taluni casi non ricorrano i termini di questo bisogno e quindi non sia evidentemente da parlarsi di possibilità della costituzione di una servitù, resta sempre la questione fondamentale, se cioè un'utilità che si presenti come oltrepassante i limiti del bisogno possa essere sufficiente per la costituzione d'una servitù. E qui prima di tutto è d'uopo rispondere che l'espressione del fr. di ULPIANO — *quatenus ad eum ipsum fundum opus sit* — non va presa già nel senso d'una necessità assoluta per quel fondo, talchè oltre l'*opus esse* quel fondo stesso non possa aspirare all'esercizio della servitù; ma bensì vuol prendersi nel senso che territorialmente l'esercizio della servitù non può estendersi oltre quel fondo per il quale fu costituita. La intensità, il contenuto, lo scopo del diritto non sono evidentemente in questione per quanto la parola *opus*, isolatamente presa, possa lasciar luogo a dubbio.

Altra legge dalla quale potrebbe desumersi qualche dubbio sull'utilità circoscritta al beneficio necessario (poichè, economicamente parlando, anche la soddisfazione d'un bisogno o d'una necessità rappresenta un'utilità), è la l. 24, Dig. 8, 3: nella quale POMPONIO esamina una controversia sôrta tra LABEONE e PROCULO sull'acquedotto e sulla concessione dell'acquedotto, poichè qui *commodare* significa concedere, genericamente. Secondo LABEONE, del proprio acquedotto si può far copia a qualsiasi vicino; secondo PROCULO, non solo non si potrebbe comunicare questa utilità ad un vicino, ma neppure da parte a parte del proprio fondo qualora essa fosse

Digitized by Google

stata acquistata per una parte sola del fondo stesso. L'opinione di PROCULO, nella sua maggior severità, è approvata da POMPONIO, ma senza motivazione. Però, come qui si vede anche meglio che nella l. 5, la controversia non cade sull'intensità, bensì sull'estensione territoriale dell'utilità derivante dalla servitù: estensione che senza dubbio entra nel computo della quantità economica della servitù, ma non è sufficiente per darci la chiave del quesito della soggettività o dell'oggettività di un tal bisogno, della necessità o non necessità del fine. Calza meglio invece il quesito sulla possibile erogabilità dell' eccedenza, ossia del sopravanzo della materia sfruttata, oltre quanto occorre ai bisogni del fondo. Ma qui i testi sono chiari nel senso che, se vi è eccedenza, questa non può ad ogni modo alienarsi dal fondo a favore del quale fu costituita la servitù. Eppure ognuno vede come una cosiffatta alienazione non sarebbe se non una forma di utilizzazione del bene economico che costituirebbe il contenuto della servitù: ma il divieto o l'impedimento di una tale utilizzazione a mezzo di sfruttamento dipende, come già si notò, dall'indole dell'istituto giuridico della servitù, e cioè da questo, che non è assolutamente possibile che una servitù prediale, nel suo esercizio pratico, descriva un percorso che sia diverso da quello che consiste nel partire dal fondo dominante e terminare nel fondo serviente, con interposizione di fondi senza sfruttamento intermedio e con quella sola perdita di energie, di materia e di forza che è necessaria al veicolo di essa materia o di quella forza. Giustamente, da questo divieto di alienazione parziale della servitù si trasse la norma che *servitus servitutis esse non potest:* norma che può anche intendersi giustificata nel caso che si tratti di cedere ad altri tutto quanto il benefizio in cui consiste l'entità della servitù. Resta dunque anche da questi testi e per questo verso confermato che, se vi è sovvrabbondanza nell'utilità prodotta dalla servitù stessa al fondo dominante, talchè questo fondo ne abbia di troppo per i suoi bisogni, una tale utilità non possa essere distribuita od accordata ad altri fondi nè a titolo di speculazione nè a titolo gratuito; perciocchè altrimenti sarebbe guastata la continuità e la reciprocità assoluta dei rapporti tra i due fondi, e l'unità del rapporto giuridico, per

Digitized by Google

sè completa, si scinderebbe, si dividerebbe in più rapporti, che neppure giungerebbero ad essere indipendenti l'uno dall'altro. Si avrebbe una filiazione spuria, e, quasi diremmo, adulterina; ma non si potrebbe sostenere trattarsi di un istituto unico che passi per varie fasi e per vari ordini di attuazione e di adempimento (1).

---

(1) Giova appena in questo luogo rammentarsi della proposta contraddizione tra questo luogo di Pomponio e la l. 1, § 16, Dig. 43, 20, ove Ulpiano assevera che Labeone fosse di avviso doversi accordare al proprietario di un fondo dominante la facoltà di far passare per un fondo di confine, posteriormente acquistato, l'acqua penetrata nel fondo stesso dominante per diritto di acquedotto; e ciò fondandosi sul principio che l'acqua, una volta penetrata nel fondo di colui che per la servitù ha diritto allo sfruttamento, possa escirne da qualsiasi parte, anche attraversando un fondo di confine, posteriormente unito a quello: purchè, dice il giureconsulto, questo fatto non nuoccia al fondo serviente (*nisi ei nocitum sit ex quo aquam ducit*). Se del proprio acquedotto non si può far copia ad un vicino (si dice) e se perfino non si può una tale utilità comunicare da parte a parte del proprio fondo, qualora sia stata acquistata per una sola parte del fondo stesso; come va che per un altro frammento si può persino ad un fondo di confine, posteriormente acquistato dallo stesso proprietario del fondo dominante, estendere il beneficio della condotta delle acque che per ragione di servitù, costituita nelle forme di legge, spettava dapprima allo stesso fondo dominante? Il Cuiacio s'impensierì seriamente della più o meno possibile concordanza tra questi due frammenti: tanto più che Pomponio e Ulpiano si riferiscono entrambi ad un'opinione di Labeone. Ma anzitutto, nella l. 24, Dig. 8, 3, Proculo e Pomponio si riferiscono all'ipotesi che la servitù sia acquisita espressamente soltanto per una parte del fondo, avuto senza difficoltà riguardo ad un certo genere di coltura in una certa determinata zona del fondo: genere di costituzione possibile per la l. 13 pr., Dig. 8, 3, e per la l. 6, Dig. 8, 1. Che a questa ipotesi si riferisca Pomponio è di una chiarezza indisputabile per l'inciso — *aliam (partem), quam ad quam servitus acquisita sit:* poichè dunque ne resulta che la servitù sia stata acquistata soltanto per una *pars fundi* e non per tutte le altre parti, ossia per il resto del fondo stesso. Ebbene: si presume forse che l'utilità della servitù appartenga alla sola parte in favore della quale fu costituita, per limitare a questa parte l'esercizio del diritto di servitù? No: perchè se quest'altra parte non potesse ricavare utilità alcuna dall'estensione della servitù, il quesito non sarebbe neppure proponibile a cagione della mancanza d'interesse. Dunque vi sono altre ragioni per escludere una tale estensione da parte a parte; e le ragioni si concentrano tutte in ciò, che la costituzione della

Digitized by Google

Ma il criterio dell'utilità potrà mai risultare in occasione della divisione di un fondo o della ripartizione tra le varie parti di esso di un beneficio che, avuto riguardo alla costituzione, è ordinato per il fondo intiero? Nella l. 25, Dig. 8, 3, Pomponio ci fornisce una decisione non priva di una certa importanza a questo riguardo. Vendendosi, egli dice, una parte certa di un dato fondo, il diritto di acquedotto segue la parte del fondo venduta; naturalmente per quanto concerne questa parte, e, dice il giureconsulto, senza che si abbia riguardo alla bontà del fondo o all'uso dell'acqua, colla pretesa che il diritto alla condotta delle acque debba rapportarsi o alla diversa bontà delle varie parti del fondo, o all'uso che queste varie parti ne fanno, talchè la parte del fondo, di maggior valore, o che più abbisogni dell'uso di quell'acqua, abbia a trascinare con sè il diritto di acquedotto. Con quali criteri si fa dunque la divisione dell'acqua condotta? *Pro modo agri detenti aut alienati*, risponde il giureconsulto; nè pare che questo inciso sia stato mai tacciato o possa tacciarsi d'interpolazione: talchè ci è fatta agevolezza di dedicarci colla speranza di qualche frutto all'esegesi del *modus*, ossia delle limitazioni, delle confinazioni e in genere di tutte le indicazioni agrimensorie atte e designate alla identificazione e determinazione del fondo e delle sue parti. Dunque anzitutto l'acquedotto, cioè il diritto di condurre le acque, esso si ripartisce in proporzione delle dimensioni delle varie parti del fondo: ma, poichè il *modus* non attiene menomamente nè all'utilità di ciascuna parte nè alla differente coltivazione di esse parti e neppure alla capacità produttiva dell'una o dell'altra, evidentemente resta fermo quanto dice il giureconsulto circa la nessuna influenza nè della *bonitas*, nè dell'*usus* e neppure del *pretium* di questa o quella parte. Or qui non solo non è chiamato a contributo il concetto dell'utilità del servigio che deriva dalla servitù, ma anzi è com-

---

servitù non si presta a questa voluta estensione, poichè la servitù è un negozio che può sorgere in più modi, ma che pur deve sorgere con forme determinate e con un procedimento specifico, che, com'è naturale, si trova individualmente limitato all'oggetto del negozio stesso e non si estende oltre i limiti che costituiscono e determinano quell'oggetto.

Digitized by Google

pletamente ripudiato siccome fuori di proposito e inutile o anzi falso e imperfetto. D'altro canto, se mai fosse stato il caso di utilizzare per la dommatica e per la pratica il concetto di utilità dei fondi nelle servitù prediali, certamente sarebbe stato questo: e il non averlo fatto significa che appunto già sin d'allora, e senza il sussidio delle moderne dottrine economiche, si era compreso che il concetto della utilità non poteva riposare sopra concetti nè in tutto nè principalmente obbiettivi, ma anzi più che altro subbiettivi, dipendenti cioè dall'apprezzamento individuale della persona che ha diritto di sfruttare per proprio conto le utilità e i servigi di un fondo determinato: per la qual ragione si presentava come veramente impossibile e assurdo il voler fissare delle norme generali fondandole sul concetto dell'utilità e sulle varie applicazioni possibili di esso concetto. È quindi per altra parte vana la speranza di poter attingere in un modo qualsiasi dal concetto di utilità comunque manifestato o desunto dallo sfruttamento del fondo e dei suoi vantaggi una guida per determinare, sia pure coll'assistenza del criterio del minimo sfruttamento, come si debba procedere in caso di divisione del fondo dominante tra più persone. La ripartizione delle utilità di cui consta la servitù si regola in base ad altri criteri, e soprattutto a criteri che non hanno maggior rapporto colle norme dell'equità di quanto ne abbiano con quelle del gius civile propriamente.

Nel diritto romano dunque non si trovano che ben pochi criteri negativi per escludere qualche specie di utilità dal contenuto delle servitù: ed una sola formula positiva, quella desunta dalla *melior causa* del fondo dominante. Ma anche questo concetto non deve ritenersi più caratteristico della costruzione d'una servitù sotto il punto di vista della utilità, che nol sia dell'interesse del privato di ricorrere alla costituzione d'un rapporto di servitù, anzichè alla costituzione di qualche altro rapporto di sfruttamento per l'agricoltura, per l'edilizia e per ogni ordine d'industrie, di piaceri, di utilizzazioni possibili a ricavarsi da predii urbani o da predii rustici. E vi è necessità di una misura, di una valutazione dell'interesse, appunto per aver modo di precisare quando si debba ricorrere alla costituzione della servitù e quando

Digitized by Google

invece alla costituzione di un altro rapporto che giuridicamente sia il più indicato secondo la natura delle cose e secondo l'intenzione delle parti. Il bisogno del fondo, che potrebbe essere l'unico criterio positivo logico per determinare e circoscrivere una servitù, per quanto valore economico possa avere, non ha però un valore giuridico; anzi per le cose dette, sarebbe qui un vero concetto antigiuridico, sia per la sua incertezza e impossibile generalizzazione, sia perchè il bisogno d'un fondo può variare a vista d'occhio a seconda della sua destinazione. In questa materia più si ricerca e più è d'uopo convincersi che per diritto romano non s'intese la necessità nè comunque il bisogno di organizzare o di costruire la teoria o la pratica del concetto di utilità nelle servitù prediali; che in quella vece s'intese a fissare limiti precisi al contenuto della servitù, prescindendo sempre dal soggetto o dai soggetti personali del diritto, più che si potesse, e avendo grandissima cura sempre di studiare bene i rapporti di fondo a fondo e di fissarne i limiti e l'estensione per un ordinamento o regolamento completo della proprietà e delle sue modificazioni, tanto nell'interesse individuale quanto nell'interesse sociale. Non si può assolutamente disconoscere questo merito alla giurisprudenza romana, la quale anche a un tale riguardo esplicò la sua azione in responsi per casi determinati e non in regole generali applicabili ad ogni caso.

Se questa considerazione dell'utilità obbiettiva o del bisogno di uno o di altro fondo sia venuta in seguito in qualche importanza presso la giurisprudenza posteriore è poi una domanda diversa: domanda alla quale i pratici colle loro regole empiriche avrebbero pure potuto dare una soluzione in qualche modo. Però è fuor d'ogni dubbio, che, mantenendo gli insegnamenti del diritto romano nella loro purezza, certamente non si sarebbe dovuta dare alcuna importanza al criterio dell'utilità o del beneficio riservato al fondo dominante a scapito del fondo serviente: ed è anche fuor di dubbio che questo criterio, se fosse stato adottato, avrebbe assai presto e senza difficoltà dato luogo a deplorevoli equivoci e ad errori le cui conseguenze non si possono ora misurare nè indicare *a priori*.

Digitized by Google

56. Passandoci di queste trasformazioni dovute alla giurisprudenza dei tempi di mezzo, possiamo venire senz'altro ad esaminare qual governo abbiano fatto le legislazioni moderne del criterio dell'utilità applicato alla costruzione delle servitù e alla valutazione giuridica del loro sfruttamento. I moderni legislatori trovarono dominante nella pratica la dottrina del CAEPOLLA (1) che, trattandosi di utilità connessa a tutto il fondo senza che la costituzione ne fosse dovuta a un concetto di bisogno, neppure nella ripartizione si dovesse aver riguardo al bisogno di questa o quella parte di esso, ma soltanto si dovesse aver riguardo alla connessione tra fondi. Ma questo concetto della connessione è fallace e non si può praticamente convertire e tradurre in norme pratiche che dall'idea astratta richiamino senza sforzo delle idee concrete ed egemoniche per tutta quanta la materia e in tutte quante le complicazioni che si possono immaginare. L'articolo 644 Cod. civile, traendo in tutto dal diritto romano, tenne ferma la disposizione che in caso di divisione di un fondo la servitù s'intendesse dovuta a ciascuna porzione di esso, senza render più gravosa la condizione del fondo serviente: costante preoccupazione questa, che dalla norma — *res uti nunc sunt ita sint* — trasse una serie di applicazioni per ammettere soltanto il minimo spostamento nello stato attuale con tutte le precauzioni che può suggerire la più stretta economia dei mezzi e dei fini. Certo non si distingue tra parti del fondo che risentono utilità maggiore o hanno più bisogno del servigio di cui si tratta e fondi che ne hanno meno: nè si bada che ciascuna parte conservi il bisogno o la quantità di bisogno che aveva nel tutto prima. È inutile almanaccare se questo si faccia o no in considerazione che vi siano o vi possano essere delle utilità quiescenti che il diritto lascia sussistere in potenza rimandandone a tempo indeterminato l'attuazione: e neppure, per vero, è necessario ricorrere a presunzione che le parti abbiano lo stesso interesse del tutto, nelle rispettive proporzioni, a richiedere quel servigio che prima era nè più nè meno di una funzione del tutto considerato come unità di parti inseparabili. Del

(1) *De servit. praed. rust.*, II, c. 4, n. 13.

Digitized by Google

resto, se si trattasse di constatare con esattezza la cessazione dell'utilità o del bisogno che un fondo avesse di certi determinati servigi, in non pochi casi certamente lo si potrebbe fare senza grande sforzo: il criterio pratico designato dal CAEPOLLA (1) nella distinzione tra la cessazione del bisogno in guisa che l'acqua *ad usum concessum amplius uti non possit* e la cessazione solo in via temporanea non sarebbe certamente il solo criterio utile e pratico in tali circostanze. Vi sono dei casi nei quali l'inutilità della servitù, ossia del relativo servigio, apparisce evidentemente, come nell'ipotesi di trasformazione del fondo da urbano a rustico o viceversa. Senza fantasticare sull'interpretazione del titolo costitutivo o su distinzioni che non potranno mai abbracciare l'immensa varietà dei casi, crediamo che basti la regola della sussistenza della servitù data prima sul tutto, a favore delle parti dopo la divisione: con questa limitazione però, che quella data parte alla quale si riferisce la ricerca non si trovi in condizioni tali, che l'utilità di cui si tratta non si presenti più in alcun modo per essa; in altri termini purchè e finchè non apparisca la inutilità assoluta del servigio di cui si tratta per la parte del fondo sulla quale cade la ricerca. Una tale eccezione naturalmente non toglie nulla all'applicazione della regola generale contenuta nell'art. 644 Cod. civile, la quale deve conciliarsi colle altre disposizioni e non può contraddire a quelle d'indole generale. Tuttociò peraltro non toglie neppure che, quante volte il bisogno sia stato il movente per la costituzione d'una servitù, cessando il bisogno, debba necessariamente andare a cadere o cessare la servitù stessa: il che fu espressamente disposto dall'art. 596 Cod. civile, in materia di passaggio necessario, poichè la legge stessa impose tal sacrifizio al fondo serviente nell'interesse supremo della viabilità e intese naturalmente che tal sacrifizio dovesse essere il minimo conciliabile colla necessità del fondo dominante. Trattandosi di servitù non imposta dalla legge, ma per la sua stessa costituzione rivelata da uno scopo fondamentale e determinante, la cosa è anche meno pericolosa: poichè non si tratta già di ricorrere a criteri di apprezza-

(1) *De servit. praed. rust.*, II, c. 4, n. 17.

Digitized by Google

mento che nella nostra mente possono anche essere errati, ma bensì soltanto e semplicemente di interpretare la volontà dalle parti manifestata nel modo di costituzione della servitù medesima. Ma, qualora non si tratti di servitù concesse dalla legge per ragion di necessità, nè questo nè il criterio dell'utilità può mai essere addotto per determinare se la servitù sia estinta o rimanga tuttora. Ciò si deduce non pure dalla l. 19, Dig. 8, 1, ed anche dalla l. 25, Dig. 8, 3, ma pure dal fatto che nei lavori preparatorî alla compilazione del Codice civile qualche commissario propose e difese inutilmente l'estensione a tutti i casi, anche di servitù convenzionale, della disposizione di quell'art. 696; ed inoltre anche dal fatto che tra le cause d'estinzione della servitù non fu punto compresa questa della cessazione del bisogno di utilizzazione del beneficio o dell'utilità che costituisce il contenuto della servitù stessa. Nulla dunque si volle concedere al criterio dell'utilità o del bisogno per determinare l'esistenza o la non esistenza della servitù: solo la considerazione dell'inutilità assoluta potè ottener valore per escludere che la servitù sorga o si conservi nel fondo per cui quel determinato servigio sarebbe stato o rimasto inutile dal punto di vista economico e di fatto.

57. Si accenna da taluno alla riscossa in favore del principio della utilità delle servitù, basandosi sulle disposizioni del Digesto relative all'*ademtio* nei legati e alla *Falcidia*. Sulla possibilità del legato di un fondo con esclusione della *via* congiunta a quel legato, i testi si pronunciano negativamente. La l. 1, § 1, Dig. 7, 6, dice chiaro che l'usufrutto legato abbisogna di quegli amminicoli senza dei quali non è possibile *uti frui* di esso, e cioè dell'*aditus*, della *via* e dell'*iter:* talchè un'aggiunta fatta allo scopo di *adimere* una siffatta facoltà accessoria ma indispensabile per l'esercizio di quella servitù si presenta effettivamente come inutile, cioè a dire priva di efficacia pratica. E, quando siamo in materia di legati, PAOLO (L. 1, Dig. 34, 4) fa eco ad ULPIANO: l'*ademtio* dell'*iter* dal legato di *actus* è nulla, perchè l'*actus* non può stare senza l'*iter*, tantochè chi ha l'*iter* senza l'*actus* o l'*actus* senza l'*iter* ha l'azione di servitù per conseguire

Digitized by Google

quello dei due benefizi che gli manca (L. 4, § 1, Dig. 8, 5). Nè diversa opinione manifestò CELSO nella l. 10, Dig. 8, 5, in cui l'*iter* legato non possa attuarsi senza opere manufatte; poichè in tal caso permise senza difficoltà di por mano a tali manufatti. Altri frammenti ancora stanno a confermare lo stesso assunto: l. 44, § 9, e l. 81, § 3, Dig. 30; l. 1, § 2, Dig. 7, 6. Senonchè a questi frammenti se ne contrappongono due di MARCELLO, appunto da coloro che intendono dimostrare la possibilità e l'ammissibilità di staccare tali diritti di servitù in base al criterio della utilità: la l. 10, Dig. 8, 2, e la l. 15, § 1, Dig. 33, 2. Ma quì anzitutto torna acconcio che il primo di questi due frammenti è fortemente sospetto d'interpolazione per l'inutile cumulo di sinonimi che presenta (*officere, obscurare*), per l'uso di *penitus*, per il *lumen* nel senso di luce messo impropriamente al plurale con pericolo di confusione con finestre (*lumina*), per la parola *habitantibus*, mentre si tratta di un solo legatario, per il bizantinismo *in usus diurni moderatione* (1). Del resto, MARCELLO in questo frammento, se fosse suo, non presenterebbe certo al nostro sguardo un modello di logica giuridica: trattandosi di due case, delle quali una compresa nell'eredità e l'altra nel legato, all'erede è data facoltà di *altius tollere* e di oscurare per tal guisa le finestre del legatario. Questa soluzione starebbe anche per il caso di legato del semplice usufrutto, data la possibilità di abitare una casa anche oscurata: mentre, se mancasse l'accesso, sarebbe assolutamente impossibile esercitare il diritto di abitazione e neppure il diritto di *haustus*. Fin quì non si avrebbe un capolavoro di chiarezza, ma il responso potrebbe anche intendersi: MARCELLO avrebbe adottato una soluzione speciale per la *servitus luminum*, ritenendo materialmente possibile di abitare una casa scura, mentre non è materialmente possibile penetrarvi senza una qualsiasi strada d'accesso. Ma poi, nella conclusione del frammento stesso, il giureconsulto modererebbe un'opinione così assolutamente dichiarata, escludendo un'oscurazione completa e intendendo che si lasci tanto di luce, quanto basti agli

(1) RICCOBONO nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*; volume 21, 1896.

Digitized by Google

abitatori *in usus diurni moderatione*, senza indicar punto i criteri e le norme, siano pure approssimative, di una tal moderazione d'uso, e neppure se sempre debba ricorrersi al giudice o comunque altrimenti possa determinarsi in pratica la moderazione stessa. Evidentemente, i sostenitori del principio che l'utilità debba avere un posto speciale nel regolamento dell'estensione e del contenuto della servitù, di questa moderazione dell'uso diurno sarebbero proclivi a fare una ricerca di utilità o di necessità senz'altro: abbandonando il criterio che dunque la perfetta utilizzazione di un fondo non abbia altro limite, da quello infuori ch'è determinato dai rapporti di vicinanza, e, quando non si possa farne a meno, dal minimo spostamento possibile dello stato attuale dei rapporti da casa a casa. I rapporti tra erede e legatario dovrebbero però essere indipendenti dal modo di acquisto della proprietà o dell'usufrutto, e regolarsi coi principî comuni che disciplinano la vicinanza: se l'origine del rispettivo diritto influisce nel rendere applicabili norme diverse da queste, ciò si deve a considerazioni diverse da quelle che regolerebbero i rapporti di vicinanza nelle loro manifestazioni necessarie in materia di luce. In altri termini, per effetto della posizione rispettiva del legato e dell'eredità s'invertirebbero le basi della soluzione: trattandosi di rapporti normali di vicinanza, non sarebbe lecito oscurare le luci del vicino, se non uniformandosi alle distanze secondo il regolamento di quei rapporti fissato nell'interesse generale; invece, sol per l'intervento e la costituzione della posizione di legato o di eredità, sarebbe permesso all'erede di far la sua voglia con soprelevazioni di qualunque specie, lasciando solo al legatario l'elemosina di un moderato uso diurno secondo la necessità dell'esercizio del suo diritto. Nessun rispetto alla conservazione dello stato attuale e facoltà all'erede di attribuirsi una servitù attiva: senza che questa servitù possa attribuirsi alla destinazione del padre di famiglia, non avendo il *de cuius*, mentre lo poteva, soprelevato una delle due case a danno della luce dell'altra. Forsechè l'erede, come continuatore dello *ius optimum maximum* del defunto, nella pienezza della sua intensità, può fare tardivamente quanto avrebbe potuto fare e non fece il *de cuius*, arrogandosi il diritto,

Digitized by Google

diremo così, d'una quasi-destinazione d'un quasi-padre di famiglia? Questa soluzione sarebbe, è agevole riconoscerlo, quasi certamente incivile; dappoichè, seguendo un tal ordine d'idee, si verrebbe alla conclusione che si potrebbe ammettere la costituzione della servitù mediante un modo di acquisto *nomine hereditario:* ad ogni modo la spiegazione sarebbe arbitraria perchè non accennata dalle fonti, le quali a questo proposito avrebbero certo dovuto fornire due parole di schiarimento per accennare a questo nuovo criterio od ordine d'idee.

Esaminiamo anche l'altro frammento, vale a dire la l. 15, § 1, Dig. 33, 2. Nell'ipotesi di due fondi, l'uno dei quali sia stato legato in proprietà e dell'altro dei quali sia stato legato l'usufrutto, e di cui il secondo non possa avere altro passaggio se non attraverso il primo; in questa ipotesi il legatario della proprietà non può rivendicare il fondo se non dopo di aver fornito all'usufruttuario lo *ius transeundi.* La spiegazione di questa soluzione che forma poi quasi la conclusione di tutto quanto il frammento, sembra anch'essa interpolata (1); essa del resto dice che lo scopo è di conservare ai fondi quella forma che essi avevano durante la vita del testatore e durante l'usufrutto e nel ritornar di esso usufrutto a confondersi e assorbirsi nella proprietà. Però qual forma i fondi avevano in vita del testatore? Nulla è detto riguardo a ciò nella parte espositiva del frammento; e se del resto non si trattasse che di conservare questa forma, la servitù resterebbe costituita, nè più e nè meno, per destinazione del padre di famiglia. Ma evidentemente questo frammento non intese di fornirci una soluzione in materia di destinazione del padre di famiglia: poichè da bene altre fonti e più chiare risulta questo modo di costituzione delle servitù. Non ci era pertanto, tolta l'interpretazione aggiuntiva dei compilatori, altra spiegazione possibile da dare alla disposizione di questo frammento, da quella infuori delle ragioni generiche della vicinanza in ordine al passo necessario e dell'equità di disporre che ciascuno prima di ottenere il domandato adempimento delle proprie ragioni si metta in

(1) Riccobono, loc. cit.

Digitized by Google

regola da parte sua cogli oneri che a lui fanno capo. E ciò tanto più che, praticamente, in materia di passaggio, è ben difficile rendersi ragione del sistema seguìto dal *de cuius* per passare da un fondo all'altro; potendo egli avere anche più di un passaggio dall'uno all'altro fondo e potendo servirsi promiscuamente secondo il suo piacere di vari accessi.

Più appariscente è invece la servitù di acquedotto e una qualsivoglia servitù, che nei due fondi lasci traccie permanenti del suo esercizio, limitatamente ad una data superficie e ad un dato modo di sfruttamento; e solo in pochi casi, trattandosi di due fondi vicini appartenenti ad uno stesso proprietario, si giungerà a conoscere che egli abbia sistemato una strada di comunicazione tra un fondo e l'altro, talmente da doversene inferire una destinazione e un uso permanente all'infuori di qualsivoglia altro mezzo di comunicazione. E poi, a prescindere dalla qualità della servitù, resta sempre che nel frammento in oggetto non si parla se non di volontà del defunto, genericamente, e non punto di destinazione che egli abbia dato ai fondi: e la volontà può essere stata dal defunto manifestata per testamento anzichè per il modo col quale in vita abbia utilizzato i propri fondi. La volontà del defunto (*voluntas defuncti*) anzi propriamente si riferisce agli atti *mortis causa*, ossia alle disposizioni testamentarie, e non già ad atti o fatti che accennino comunque all'esercizio da lui fatto dei propri diritti patrimoniali senza pensare neppure alla trasmissione di essi. Quindi conviene concludere come MARCELLO, dato che il passo sia autentico, abbia piuttosto avuto mente ad una pretesa volontà del *de cuius*, da questi non manifestata col testamento nè in alcun modo significata altrimenti per via di destinazione; anzichè al fatto di un determinato sfruttamento che apparisca con traccie permanenti, o di una destinazione all'infuori da ogni atto di ultima volontà e a questo preesistente. Il giureconsulto, lo ripetiamo, avrebbe potuto sempre prendere la via più spiccia dei rapporti di vicinanza, senza preoccuparsi della provenienza dei fondi e dei loro rapporti originari: non volle farlo forse perchè la materia ch'egli trattava nel luogo dei suoi Digesti ch'è qui richiamato dai compilatori giustinianei era attinente all'usufrutto e non riguardava direttamente servitù prediali.

Digitized by Google

Dunque, stando al primo dei richiamati frammenti, la moderazione dell'uso diurno in base a criteri di utilità è addirittura un non senso, anche se si vuole prescindere dalla interpolazione assai probabile della fine di quel frammento, per la semplice ragione che non si comprende quale uso si possa fare praticamente di questa norma: e non v'ha criterio di utilità che, nell'ipotesi proposta nel secondo frammento, possa giustificare come mai da un fatto di presunta volontà del *de cuius* venga a dedursi un calcolo di utilità che giuridicamente presenti pure una qualche importanza di fronte al criterio assorbente e veramente predominante dell'interpretazione di chi in un modo qualunque, per sè o per altrui, può disporre delle cose proprie. Conviene quindi concludere che a ben fiacchi argomenti è affidata la riscossa a favore del principio dell'utilità come misuratore giuridico dell'entità di un istituto, il quale ha pur dei lineamenti certi e autonomi da ogni concetto economico determinante. A questo tentativo si possono anche contrapporre per soprassello la l. 11, Dig. 8, 1; la l. 14, § 1, Dig. 34, 4; la l. 3, Dig. 33, 3; la l. 23, Dig. 35, 2; la l. 49, § 1, Dig. 35, 2, pur trascurandone parecchie altre la cui rassegna assai probabilmente sarebbe qui superflua e ci condurrebbe alquanto fuor del seminato. La via non può nè *legari*, nè *adimi*, *pro parte*, dice MODESTINO, ripete FLORENTINO; nè, secondo MARCELLO, una servitù può acquistarsi per parte o in condizione diversa dal fondo al quale deve servire: e secondo SCEVOLA (cui fa eco PAOLO stesso nella l. 49, § 1, Dig. 35, 2) per effetto delle regole della Falcidia prese isolatamente o combinate con quelle sull'indivisibilità della servitù, questa può anche non aversi in un legato che abbia per oggetto in tutto od in parte il solo fondo dominante. Or, naturalmente, se al concetto dell'utilità si dovesse avere fondamentalmente riguardo nella determinazione della vita, del passaggio, della sopravvivenza o della trasformazione d'una servitù, non dovrebbe esservi contrarietà a permettere l'acquisto di una servitù o la sua *ademtio* anche per parte o condizionatamente senza che vi debba rispondere egual condizione nella proprietà del fondo dominante; il che presumibilmente contrasta coll'interesse dell'utilità del fondo dominante, la quale potrebbe

Digitized by Google

richiedere la sopravvivenza della servitù o potrebbe anche sentirsi sufficientemente adempita per una parte soltanto della via rifiutando come inutile o superflua un'altra parte.

Non è dunque il concetto dell'utilità quello che può risolver la questione della misura e quantità della servitù e del suo esercizio, senza che si produca un ben forte deviamento ai concetti fondamentali che regolano la teoria e la pratica dell'istituto. Oltre a ciò, il voler salvare al concetto dell'utilità una certa importanza direttiva per il solo fatto che la servitù si lega attivamente e passivamente con fondi che necessariamente devono ricavare un vantaggio per l'alienazione o per l'acquisto di essa utilità, rispettivamente, è come un volere a forza ravvisare un concetto tecnico in una semplice determinazione di quell'elemento dell'interesse che è il movente economico di tutti i rapporti giuridici patrimoniali. La necessità della contrapposizione di due fondi per dar vita al rapporto di servitù non è punto un dato che possa servire come limite della utilità: sarebbe come dire che la regola concernente la *res inter alios acta* nelle obbligazioni e la relativa limitazione del rapporto obbligatorio tra le persone dei contraenti potesse considerarsi come il prodotto di una sistemazione giuridica del principio delle utilità nelle sue varie determinazioni, a seconda della configurazione del rapporto stesso. Sarebbe come dire che i rapporti giuridici di parentela non hanno estensione oltre le persone dei parenti perchè una ragione di utilità limita questi rapporti tra gli stessi parenti; ma ognuno vede che qui si cadrebbe addirittura nell'insulsaggine e nella mancanza completa della dialettica speciale che distingue la nostra disciplina dalle altre discipline e segnatamente dalle discipline economiche. Bene quindi il nostro legislatore nell'art. 616 non ha imposto alcun limite alla costituzione della servitù tra due fondi, se non il vantaggio generico del fondo dominante (vantaggio economicamente sensibile) e la conformità alle disposizioni dell'ordine pubblico o all'ordine pubblico stesso astrattamente considerato. Insomma, la limitazione relativa al vantaggio non è ispirata già a criteri economici, ma alla sola preoccupazione che potesse sorgere un istituto destituito d'interesse pratico: cosa che assolutamente è da evitarsi per tutti gli istituti giuridici,

Digitized by Google

perchè ciascuno di essi deve presentare un interesse sufficiente a determinarlo. In caso diverso l'istituto o rapporto giuridico sarebbe inutile e non avrebbe, perchè tale, ragione alcuna di esistere, poichè il diritto non soffre istituti inutili: per la qual cosa la disposizione dell'art. 616 Codice civile si sarebbe anche potuta evitare, non portando essa che un semplice richiamo ai principî generali di diritto e null'altro. E nessuno dubita che nell'art. 616 Cod. civile si sarebbe fatto molto meglio a dare un qualche criterio per distinguere più cautamente il rapporto reale prediale dal rapporto obbligatorio avente per oggetto dei fondi, determinando con maggiore esattezza i dati caratteristici necessari per la costituzione d'una servitù, perchè si potesse per esclusione aver riguardo alle configurazioni giuridiche non adatte alla formazione di un tale rapporto. Nè sarebbe stato superfluo accennare, fosse pure in altro luogo ed anche con disposizione giuridica apposita, alla necessità che l'utilità direttamente ottenuta per lo sfruttamento del fondo serviente e la stessa materia su cui si esercita lo sfruttamento stesso non escano dal fondo dominante, ma in quel fondo, anche se sovrabbondanti, si trattengano: vale a dire alla disciplina dell'utilizzazione del sopravanzo, sulla quale pur tanta parte si concentra della teoria avente per oggetto l'esercizio e il contenuto stesso della servitù.

58. La discussione sulla utilità come requisito proponibile per la determinazione dell'essenza delle servitù sarebbe esaurita, se non si convenisse ricacciare in bando il concetto dell'utilità, per le continue invasioni che esso si permette (non inutilmente) specie nella giurisprudenza e nella pratica delle servitù, dove per un cattivo istinto di senso comune spesso essa penetra a discapito di altri criteri veramente fondamentali e dirigenti. A che valse che sino il Codice civile austriaco (§ 435) disponesse nessuna servitù potersi arbitrariamente separare dalla cosa serviente o trasferire ad altra cosa o persona? Questa disposizione certamente prescindeva da criteri di utilità; perchè certamente non può concepirsi arbitrio illuminato dove non è utilità e dove l'utilità non è avvertita da chi vi ha interesse. Ma qui il

Digitized by Google

rapporto di servitù si trova come incorporato e insaldato nella cosa serviente e nella dominante, diguisachè l'immobilizzazione è completa e irrevocabile: l'utilità potrà diminuire o aumentare da fondo a fondo, ma non meno nè più per questo resterà affermato il rapporto di servitù come rapporto fisso e consolidato per il suo stesso contenuto e la sua intima natura. Il § 536 del Codice civile sassone ripete la stessa disposizione del Codice civile austriaco ed il Codice germanico vigente al § 1019 dice che una servitù prediale può consistere solo nel senso che offra un vantaggio per l'uso del fondo dell'avente diritto. I Codici civili francese e italiano tacciono sull'alienabilità o meno delle servitù prediali, ma con questo loro silenzio certamente autorizzano la applicazione delle regole generali del diritto romano sulla inalienabilità: e quindi, poichè l'inalienabilità è la peggior nemica dell'applicazione del principio di utilità, evidentemente il fatto del ritenersi proprio in tutto inalienabile la servitù dal fondo o dai fondi ai quali si riferisce, implica il completo abbandono del concetto di utilità nella sua pratica applicazione, vale a dire esclude che possa questo criterio della utilità prendersi come caposaldo e criterio di misurazione ad un tempo e del contenuto e del comportamento della servitù e dello sfruttamento della cosa serviente. Dallo spostamento del luogo serviente (art. 645), permesso appunto in condizioni di speciale comodo o *notabile vantaggio* al proprietario del fondo dominante, a condizione che non rechi danno al proprietario del fondo serviente, si potrebbe assai probabilmente invocare con fiducia un certo sostegno a favore del concetto della utilità. Ma, se pure il concetto di utilità fa capolino qui per determinare una modificazione nel contenuto della servitù, è necessario concludere che l'influenza sua sia oltremodo limitata, perchè l'effetto dell'utilità allora soprattutto apparisce nei negozi contrattuali, quando il vantaggio da una parte corrisponde al danno dall'altra: nel qual caso il danno da quella parte vuol essere compensato con un corrispettivo convenzionale o legale che serva a ristabilire l'equilibrio sugli inconvenienti prodotti alla parte danneggiata dallo spostamento del luogo serviente. Ma qui invece si esclude espressamente lo spostamento del luogo serviente

Digitized by Google

quando da esso possa derivare un danno (qualsiasi danno) al fondo serviente: il che significa che il concetto di utilità non entra per nulla in funzione di fattore determinante del contenuto e delle modificazioni del rapporto di servitù. Se nel caso di spostamento del luogo serviente il concetto di utilità ottiene una qualche considerazione, ciò non è per altro fuorchè per rispondere al concetto generale dell'interesse che muove e determina qualsiasi rapporto giuridico in generale, e non punto per dar vita a una costruzione tecnica del concetto di utilità con iscopi speciali e caratteristici nella dialettica del diritto. Soltanto l'articolo, in luogo di esigere quel vantaggio o quell'interesse generico ch'è di base a tutti i negozi giuridici, richiede un vantaggio *notevole;* e per questo soltanto può ammettersi che non sia inutile e che aggiunga qualche cosa di non trascurabile ai principii generali del diritto.

Oltre a quanto si è detto circa il requisito dell'utilità come determinante o meno il contenuto delle servitù prediali, più non si può dire senza invadere il campo di altre trattazioni. Altri qui mette in campo tutta quanta la dottrina delle *servitutes in faciendo*, per dedurne che in quei casi il *facere* sia appunto connesso all'utilità o ad una miglior utilità del fondo serviente; come nell'ipotesi del *foramen in imo parietis* di cui nella l. 28, Dig. 8, 2. In generale, si dice, quando le *servitutes* eccezionalmente consistono *in faciendo* da parte del proprietario del fondo serviente, questa modalità o parte del contenuto della servitù sarebbe la conseguenza naturale della determinazione o del fine di rendere più utile la servitù stessa, anzichè ricorrendo ad altre modalità o ad altri sistemi di esercizio. Per l'obbligo della *refectio parietis* si è già spiegato quale ne fosse la causa e la giustificazione e come non fosse il caso di allegare neppure delle ragioni peregrine e molto lontane dall'ossatura schematica e dal contenuto fondamentale necessario di ogni servitù, per l'oggetto e lo strumento che concorrono all'esercizio di essa. Il proprietario del fondo serviente deve render possibile l'esercizio della servitù facendo esso quelle opere necessarie che sarebbe ingiusto addossare al proprietario del fondo dominante, siccome quelle che non secondariamente nè spesso lievemente andrebbero soprattutto a beneficio del contenuto dello *ius*

Digitized by Google

proprietatis. Notisi intanto che in questi casi si ammette generalmente il corrispettivo, ossia ristabilimento di equilibrio economico a favore del proprietario che fa qualche cosa per render possibile l'esercizio della servitù. Ma non è corretto trasportare questa discussione sulla ricerca del concetto di utilità e della sua influenza nel contenuto della servitù stessa: se l'obbligo di fare qualche cosa, attribuito al proprietario del fondo serviente, sembra necessario per l'esercizio del diritto di servitù, una necessità di questa fatta non è punto la conseguenza della considerazione di maggiore o minore utilità che debba risentire il proprietario del fondo dominante, ma è la conseguenza della necessità di rendere utilizzabile una servitù, a sopportare la quale si è obbligati o per legge o per convenzione, o per destinazione del padre di famiglia: insomma per un modo qualsiasi idoneo alla costituzione d'una servitù.

D'altra parte il voler pretendere che il proprietario della casa dominante, nel lavare il pavimento del triclinio adoperi dei tessuti assorbenti anzichè ricorrere al sistema del *foramen in imo parietis*, significa non già voler misurare o moderare i gradi e l'intensità della servitù, ma volere negare addirittura ogni e qualsiasi interesse all'esercizio della servitù stessa. Ciò evidentemente oltrepassa l'intenzione degli stessi sostenitori della forza del concetto di utilità sul contenuto della servitù: poichè essi si riferiscono a questo concetto di utilità come a criterio misuratore e graduatore del contenuto quantitativo del diritto, non già come a criterio elementare e costitutivo, la cui presenza sia necessaria per la formazione del diritto stesso: poichè in tal caso, come si è detto, non dovrebbe parlarsi di utilità, ma di semplice interesse, vale a dire di quell'interesse che è la base fondamentale e costitutiva di ogni istituto giuridico. Se il proprietario del fondo dominante, per avere *meliorem causam* nel suo fondo, ritiene necessario di praticare un *foramen in imo parietis* per lo scolo dell'acqua di lavanda o di abluzione che serva per la pulizia del proprio triclinio, non si può naturalmente far questione di utilità, ma d'interesse a costituire il rapporto di servitù. Se l'interesse non è sufficiente, il rapporto di servitù si esclude; ma se si trova ragione per

Digitized by Google

affermare la possibilità d'un rapporto di servitù col *foramen*, non è l'utilità, ma il semplice interesse che lo determina. Nessuna conseguenza speciale potrà quindi a buon diritto dedursi mai da queste interpretazioni utilitarie del modo di costituzione delle servitù: esse restano circoscritte alla giustificazione dell'esistenza di un interesse idoneo a dar ragione dell'esistenza di un istituto giuridico.

Digitized by Google

CAPO IV.

Pignorabilità o meno.

59. Esegesi delle fonti romane. — 60. Destinazione della servitù. — 61. Ipotecabilità delle servitù prediali secondo il nostro Codice. — 62. Inalienabilità di servitù prediale senza l'alienazione del predio: uso ed abuso dell'argomento tratto dal concetto di utilità. — 63. Obbiezioni desunte dai concetti d'inerenza e di utilità.

59. Sulla pignorabilità delle servitù prediali sorge una questione che non è inutile di tener presente e risolvere tanto dal punto di vista della teoria, quanto in linea di pratica. Prendendo le mosse dall'assioma dell'inalienabilità delle servitù prediali, si viene a concludere per la non pignorabilità di esse; poichè si ritiene per la l. 9, § 1, Dig. 20, 1, non essere oggetto di pegno se non *quod emtionem venditionemque recipit.* Forse peraltro l'applicabilità del fr. gaiano meriterebbe qui una maggiore cura. Non è infatti a ritenere in senso assoluto che il diritto di servitù non si possa vendere: esso non si può vendere separatamente dal fondo dominante, ma può e anzi *deve* vendersi col fondo di cui rappresenta e costituisce il dominio. Egualmente, la servitù passiva si trasmette come onere del fondo ch'è oggetto di vendita, perchè rappresenta una modalità e sia pure una diminuzione di questo fondo. In sostanza dunque il diritto di servitù attiva non può alienarsi separatamente dal fondo di cui costituisce il dominio, ma può benissimo col fondo stesso: e, dicemmo appunto, *deve*, a causa dell'ultima concessione e quindi dell'inseparabilità del rapporto di servitù dal fondo sul quale attivamente riposa. Potrebbe darsi pertanto che si pegnorasse o s'ipotecasse il fondo dominante; e allora col pegno o coll'ipoteca (a seconda dei casi) del fondo dominante dovrebbe comprendersi anche il pegno e l'ipoteca della servitù prediale che costituisce il contenuto di quel dominio. Ma la questione può cadere sulla servitù considerata come diritto staccato dal fondo di cui dicesi qualità o requisito attivo: e in tal caso, per la ragion dei contrari, la soluzione non può esser dubbia, nel senso di escludere la pos-

Digitized by Google

sibilità del pegno del relativo diritto considerato come isolato e distinto dal fondo sul quale riposa. Se vi è circostanza in cui l'argomentazione *a contrario sensu* debba ammettersi come sussidio di buona dialettica giuridica, questa è senza dubbio, in cui si tratta d'individuare l'oggetto e dalla sua individuazione staccata o congiunta trarre delle conseguenze d'ordine sostantivo e regolatore.

Vi sono benanche dei testi. La l. 11, § 3, Dig. 20, 1, porta un responso di MARCIANO per escludere che i diritti dei predi urbani possano darsi a pegno o costituirsi in ipoteca; e per vero la risposta è chiara e precisa, comechè non porti giustificazione di sorta. Sorge soltanto il dubbio, se, dichiarata espressamente l'impignorabilità delle servitù urbane, il diritto romano ammetta la implicita pignorabilità delle rustiche che non sono nominate. La qual cosa sembra essere confermata da PAOLO nella successiva l. 12 a proposito delle servitù di *via, iter, actus, aquaeductus* che sono servitù rustiche, e riproducendo, a quanto egli afferma, una opinione di POMPONIO. Può darsi una combinazione contrattuale, in cui l'*utilitas contrahentium* importi che il creditore in caso di mora del debitore si possa valere della servitù attiva spettante al proprio debitore per venderla ad uno dei vicini di costui (e fosse pure al proprietario del fondo serviente, che così troverebbe estinto il proprio onere di servitù passiva), e così soddisfarsi in un modo purchessia delle proprie ragioni creditorie. Ma il significato letterale di questi due frammenti, in quanto conduce alla contrapposizione tra servitù urbane e servitù rustiche, non sembra possa essere il prodotto di una spiegazione giusta; poichè, per quanto si vada almanaccando, non si trovano buone ragioni per una tale distinzione. La Glossa vuol giustificare il divieto di pignorabilità delle servitù urbane colla ragione: *ne urbs ruinis deformetur.* Altri crede si debba distinguere tra servitù costituite (fr. 12) e servitù da costituirsi (fr. 11, § 3). Altri che nel primo caso, cioè nell'ipotesi di MARCIANO, non si ravvisi utilità alcuna nel rapporto di servitù, mentre dal frammento di PAOLO questa utilità risulta in modo evidente. Vi è chi ritiene che nel fr. 12 non si tratti di un vero e proprio pegno di servitù.

Digitized by Google

Anzitutto dicono che nella l. 12, quando pur si vogliano riscontrare gli estremi della costituzione di una servitù si tratti di cedere il contenuto della servitù stessa al vicino proprietario del fondo serviente, e questa cessione si faccia da parte di chi esercita il diritto di pegno. Noi abbiamo visto che il significato letterale di quel frammento si presta anche a questa soluzione, ma ne ammette anche altre molte, poichè non tutti i vicini sono proprietari di fondi servienti; ed altri vicini, oltre il vicino proprietario del fondo serviente, possono avere ragioni di utilità per comprare il contenuto della servitù di cui il frammento parla. D'altro canto, se si fosse trattato di dare una spiegazione così unilaterale dell'utilità tra vicini e della vendita corrispondente, sarebbe ben valsa la pena di due parole di schiarimento per accennarvi, anzichè lasciare nell'incertezza di qual vicino s'intendesse tener proposito. Questa pretesa dunque che la vendita della servitù pignorata possa farsi a favore del proprietario del fondo serviente, il quale grazie ad una cosiffatta trasmissione verrebbe ad estinguere in sè la qualità di dominante e di serviente (talchè la servitù cadrebbe), non regge; e non regge anche per la ragione, che la nostra ricerca non cade già sull'alienabilità di una servitù pignorata, ma sulla stessa pignorabilità della servitù. Ammettere dunque che una servitù pignorata non si potesse vendere che al proprietario del fondo serviente, sarebbe ancora nulla di fronte al nucleo della questione: poichè siffatta alienabilità supporrebbe ad ogni modo una precedente pignorabilità, e di questa pignorabilità noi dobbiamo anzitutto occuparci. Seguendo perciò una via diversa, si potrebbe anzitutto venire, come fa l'EISELE (1), alla conclusione che si tratti d'accordo avente per contenuto e per iscopo tutte quante le servitù da costituirsi nei rapporti tra il debitore e il creditore, e non già le servitù costituite ed esistenti. Ma il testo non autorizza questa versione, perchè l'espressione *si talis pactio fiat, iis servitutibus creditor utatur*, non si riferisce se non a servitù già richiamate *viae, itineris, actus, aquaeductus:* servitù delle quali non è detto che debbano ancora costituirsi. Oltre a ciò sarebbe

(1) In *Archiv für civilist. Praxis*, 1882.

Digitized by Google

strano che si facesse una convenzione di pegno sopra servitù non ancora costituite, per l'eventualità che un giorno potessero costituirsi e potessero servire a pagamento di un debito.

Certamente, a ben guardare, la convenzione sembra fatta in questo senso: voi mi date del denaro, e io, a garanzia della restituzione del denaro stesso, m'impegno a concedervi in caso di mora l'esercizio di talune servitù sul mio fondo vicino, permodochè, non effettuando io il pagamento alla scadenza, le servitù s'intendano vendute dall'uno all'altro di voi per un prezzo corrispondente al denaro mutuatoci scambievolmente. Ma, in tal caso, non vi è nel frammento proprio nulla che accenni a pegno, nè alcuna garanzia s'impone se non su tutto il fondo *optimum maximum* del debitore, che dev'esser pronto alla scadenza per servire allo scopo della soddisfazione del debito derivante da mutuo, vale a dire deve esistere e deve trovarsi tuttora in potere del debitore stesso. Di qual pegno si può trattare, se ancora non si conosce la entità del bene che può servire in soddisfazione, se non ancora la servitù è costituita? Logicamente invece, si deve dire trattarsi di una convenzione diretta alla costituzione eventuale d'una servitù, sotto la condizione del non adempimento dell'obbligo di pagare la somma mutuata o altrimenti dovuta, alla scadenza del debito di essa. I compilatori avrebbero quindi solo per gran fretta della compilazione e ad ogni modo male a proposito introdotto a questo luogo il frammento dei commenti edittali di PAOLO, di cui quì si tratta la spiegazione. Questo ci pare evidente ed è stato ritenuto anche da valenti autori germanici, tra i quali primeggia il KELLER.

Vi è un'opinione notevole, della quale vale la pena tener proposito: è l'opinione del PICINELLI (1), il quale parte dal concetto che il pegno di servitù prediali non fosse dapprima ammesso, considerandosi le servitù come cose incorporali; ma che solo più tardi si terminò con ammettere il pegno (come l'usucapione) qual mezzo di acquisto della servitù. La coordinazione dei due frammenti a mezzo dell'avversativo *sed*

(1) *Il pegno di servitù prediali:* appunti intorno alle leggi 11, § 3, e 12, Dig. 20, 1; Firenze, tip. Cenniniana, 1884.

Digitized by Google

vorrebbe spiegarsi col desiderio che la soluzione adottata nel secondo di detti frammenti dovesse estendersi anche all'ipotesi prevista nel primo di essi. Il pegno di servitù anche urbane sarebbe dunque, secondo il PICINELLI, possibile pure esso, qualora concorressero l'*utilitas contrahentium* e la vicinanza dei fondi tra i quali il rapporto intercederebbe. Questa spiegazione, per quanto non presenti, come taluno troppo leggermente ritenne, tale una repugnanza ai testi, da doversi perciò solo escludere, presenta però dei lati che non possono assolutamente accettarsi. Anzitutto l'*utilitas contrahentium* (lo diciamo per la millesima volta), intesa come sinonimo di semplice interesse, non può entrare nella costruzione di alcun istituto giuridico come elemento tecnico speciale: non v'ha atto o fatto umano, destinato ad avere importanza giuridica, che non prenda le sue mosse da un interesse generico che diventa specifico quando è applicato a quel determinato negozio giuridico di cui nel caso ricorre l'applicazione. Quindi PAOLO, se avesse voluto parlare di pignorabilità di servitù rustiche nel caso che le parti vi avessero interesse, per escluderlo quando le parti non vi avessero interesse, avrebbe detto quasi meno che niente. Ancora poco attendibile sembra la spiegazione data dal CAPORALI (1), in una recensione al lavoro del PICINELLI da noi esaminato, nel senso che anticamente vigesse nel diritto romano la regola dell'assoluta non oppignorabilità delle servitù prediali, quali cose incorporali inerenti al *praedium dominans;* e che nella compilazione giustinianea solo parzialmente si modificasse l'antica massima, specialmente quanto alle quattro tipiche servitù rustiche e nell'interesse dell'agricoltura; che i compilatori nel mettere accanto i due frammenti di MARCIANO e di PAOLO non abbiano punto ottemperato a principî di logica giuridica, ma al desiderio di mostrare lo stato di fatto o il momento storico caratterizzato da un imperfetto sviluppo del pensiero giuridico. Che questo abbiano potuto pensare o attuare i compilatori giustinianei, non è neppure lontanamente da supporsi: sarebbe un vero assurdo, una vera e propria incongruenza; dappoichè la compilazione giustinianea, tra i vari

(1) *Studi Senesi.*

Digitized by Google

suoi scopi, non aveva punto quello di esporre lo stato di fatto, il momento storico di un pensiero giuridico imperfetto; non essendo tale il còmpito dei legislatori, nè avendo per nulla GIUSTINIANO compreso questo tra gli scopi designati. Una legislazione che perdesse il suo tempo a manifestare il pensiero giuridico vigente, in tutte le sue imperfezioni e non si curasse di colmarne le lacune o di sostituirne le parti cattive con altre migliori e veramente pratiche, sarebbe una legislazione veramente da burla e piuttosto un'esposizione di dottrina incerta e di dommi mal sicuri, anzichè un complesso di norme pratiche.

Non sembra ad ogni modo che, per toglierci d'impaccio quando troviamo difficoltà d'interpretazione, sia buon metodo cavarcela con accuse generiche e non provate a carico dei giureconsulti o dei compilatori, soltanto perchè a prima vista non ci sembra di trovare una via d'uscita conveniente. Meglio sarebbe (ci sembra) travagliarci nel lavoro di conciliazione ad ogni costo, come faceva quella scuola di esegeti che precedette lo studio sistematico delle interpolazioni e che solo dalla determinazione di queste e quando queste ricorrono può oggi essere ritenuto aver fatto il suo tempo. Ma oggi sopratutto, dopo tanto inutile e dannoso fantasticare, è indispensabile riportare gli studi del diritto romano alla loro classica e ampia trattazione, rifuggendo da quelle piccinerie che ci fanno sin preferire la minuziosa e talora puerile interpretazione dei glossatori, e che ci dànno l'immagine di un Sisifo che per render meno gravosa la sua fatica di rotolare eternamente massi dalla valle alla cima del monte cerchi di affrettar l'inviata del masso sol per guadagnare nella durata del drenaggio. Non è forse Sisifo obbligato come siamo obbligati noi a rifar dell'altro lavoro sempre, sulla stessa via degli studi romanistici? E allora non è meglio far con molta accuratezza ciò che si ha sotto mano prima di rivolgersi a nuovo lavoro? Or dunque anzitutto stia fermo che, se i compilatori vollero comprendere quei due frammenti sotto questo luogo del Digesto, essi lo fecero certamente perchè questa disposizione corrispondeva ad un disegno preordinato, ad un'organizzazione sistematica fatta a scopo di dettare delle norme concrete che potessero servire per le parti e per i decidenti.

Digitized by Google

Che anzi noi sappiamo come questo scopo pratico non di rado si rivela nelle disposizioni legislative, fino al punto di avvicinare a frammenti che direttamente concernono la materia ch'è oggetto del titolo del Digesto altri frammenti i quali non dovrebbero avere proprio quella collocazione, ma che vi si trovano soltanto per ragione di affinità di materia e perchè rispondono, se non alla esattezza della compilazione, per lo meno certamente a concetti pratici non dubbi.

Or dunque è nostro avviso che i compilatori, ponendo accanto i due frammenti di cui si tratta, abbiano voluto determinare quanto appresso. I *iura praediorum urbanorum* non sono soggetti a pegno: però i *iura praediorum rusticorum* sono cedibili da vicino a vicino, quando si trovino in condizione di potere essere esercitati anche dopo la cessione; o anzi, meglio, possono costituirsi per estinguere un debito e con un titolo condizionato appunto alla insolvenza del *debitor pecuniae.* Dunque resta il principio che le servitù urbane (ed anche le rustiche, perchè, a quanto si riflette, non vi è un modo diverso di decidere) non possono essere pignorate: e che le servitù rustiche (ed anche le urbane, in ordine alle quali non può seguirsi una condotta o una soluzione inspirata ad altri criteri) possono ciò malgrado costituirsi subordinatamente al non avvenuto pagamento di un debito a futura scadenza, non già costituendole a pegno di questo debito, ma dalla non soddisfazione di esso facendone derivare per titolo la ragione di esistenza. Perchè, sembra che dica il giureconsulto, in tal caso non si tratta di pegno di servitù in garanzia di un *debitum pecuniae;* ma si tratta di un'obbligazione condizionata, la quale non può sussistere, se prima non si verifica l'insolvenza del *debitor pecuniae.* I compilatori avrebbero potuto lasciar fuori il frammento di Paolo, siccome non concernente effettivamente il pegno delle servitù prediali; ma vollero metterlo e metterlo a questo punto, benchè fuori posto, se non altro perchè la vicinanza al frammento di Marciano lo rendeva opportuno per chiarire che la regola portante il divieto della pignorabilità non avrebbe potuto estendere la sua influenza sulle convenzioni che effettivamente stanno in sostituzione del pegno, ma che non costituiscono pegno vero e proprio.

Digitized by Google

60. Si vorrebbe cercare la ragione della inalienabilità e non-oppignorabilità delle servitù prediali, indipendentemente, s'intende, dai fondi ai quali esse appartengono. Ma questa ragione è semplicissima nello scopo, vale a dire nella destinazione della servitù stessa: poichè la servitù è diretta a costituire una modalità della vicinanza tra fondi determinati, nè potrebbe sussistere riguardo ad altri fondi, se non a patto di cambiarla nella sua consistenza, nel suo contenuto. È una ragione di tanta evidenza che nè i giureconsulti romani nè altri si sono perduti ad esporla. Come si fa a dare in pegno una *servitus itineris* al proprietario di un altro fondo, quando il proprietario di questo fondo non può servirsi di quel sentiero per essere collocato in una parte diversa al confine col fondo serviente? Viceversa si può pignorare o ipotecare il fondo dominante con la servitù che gli compete, perchè, in caso di espropriazione, l'acquirente abbia con sè il fondo espropriato e la servitù che a quello spetta: in altri termini la servitù non può essere presa in considerazione, quanto al pignoramento o all'ipoteca, come separata dal fondo al quale si riferisce, perchè, fuori di quel fondo, non ha valore alcuno e per sua natura e avuto riguardo al suo titolo costitutivo. Forse potrebbe domandarsi se il sopravanzo della servitù sui bisogni del fondo dominante potesse essere oggetto di servitù: ma a questa domanda osta il fatto che il sopravanzo dopo compiuto lo sfruttamento delle servitù non deve uscire dal fondo dominante, come dal fondo dominante non deve uscire nè in tutto nè in parte il contenuto della servitù stessa. Altrimenti, cioè se così non fosse, la cosa non si presenterebbe affatto impossibile. Il sopravanzo non deve uscire dal fondo dominante come utilità, ma può uscirne come rifiuto: però in questo caso è naturale che non possa formare punto oggetto o contenuto di una servitù; per quanto è vero che i rifiuti non possono essere utilizzati. Notisi bene che il senso di rifiuto è di utilità sciupata, la quale diventa detrito da eliminarsi, ingombro inutile e dannoso di cui è d'uopo provocare lo scarico o comunque l'allontanamento dal fondo dominante: non vi sarà fondo che possa utilizzarla, che possa trarne qualche profitto, per quanto con fantasia vivida e industre si possano immaginare combina-

Digitized by Google

zioni di utilità e di sfruttamento. È proprio la semplificazione e il coordinamento dei principî giuridici che regolano siffatta materia il metodo più adatto per ottenere delle conclusioni complete con una dialettica ineccezionabile e serrata: e questo risponde perfettamente al metodo moderno di tutte le scienze. Or dunque, non è escluso che, a mo' d'esempio, tra le parti interessate si possa sostituire ad uno *ius itineris* stabilito per *longa consuetudo* uno *ius itineris* convenzionale, e farlo anche più incomodo per il fondo dominante, costretto così a fare un percorso più lungo: ma questo cambiamento per certo non viola alcuna disposizione nè di legge, nè di ragione, perchè le parti sono completamente libere di disporre come credono dei proprî diritti, quando e finchè non ledano la ragione pubblica. Circa lo spostamento del luogo serviente si parla altrove: ma questi spostamenti non importano veruna propria alienazione, perciocchè non si tratta che di modalità imposte all'esercizio di un diritto unico e sempre dello stesso diritto destinato allo stesso scopo e ridotto allo stesso contenuto pratico. Vera alienazione sarebbe la perdita completa dell'utilità e del relativo sfruttamento, senza succedanei, senza surrogati: e allora, se si riscontrasse alienazione, dovrebbe ammettersi anche la pignorabilità che può esserne il primo passo o che almeno deve dare una garanzia reale di espropriazione legale della cosa sulla quale cade, di preferenza su altri creditori non muniti della stessa garanzia e di altra garanzia poziore o anteriore sulla stessa cosa. Il rapporto tra la garanzia e l'alienabilità eventuale si presenta forse più stretto coi moderni sistemi ipotecari, che non coi sistemi di diritto romano, il quale a questo riguardo non aveva avuto agio di svilupparsi stante l'imperfetta estensione dei commerci e dei negozi di diritto civile o pretorio.

61. Le servitù prediali sono desse ipotecabili, pel nostro Codice? L'art. 1967 dispone doversi ritenere capaci d'ipoteca i beni immobili che sono in commercio, coi loro accessori riputati come immobili. Or le servitù possono riputarsi accessori immobili del fondo dominante? Perchè no? Accessori questi diritti di servitù, rispetto al fondo dominante, sono; perchè infatti senza di quello non potrebbero sussistere, e, perito esso, pe-

Digitized by Google

rirebbero anche loro per necessaria conseguenza. La maggior parte dei commentatori del Codice francese e del nostro asseriscono doversi trattare d'interpretazione ristrettiva e però sostengono che questo articolo non comprenda le servitù. Ma sarebbe anche il caso di esaminare se veramente quì si tratti d'interpretazione estensiva ovvero piuttosto d'interpretazione sostantiva, vale a dire d'interpretazione che debba riconoscere senza scrupoli quale sia il contenuto o la comprensione naturale e giuridica di un'espressione enunciativa adoperata in senso comprensivo, e per l'estensione che può avere secondo il suono delle parole, l'intenzione del legislatore e la portata logica dell'istituto. E però si dice che, se, tra gli accessori riputati come immobili, di cui si fa cenno al n. 1° dell'art. 1967, si deve includere anche la servitù prediale, non vi è alcuna difficoltà a comprendervela, quantunque non sia espressamente indicata o designata. Se la servitù è riputata come qualità del fondo, quasi inerente a questo e costituente parte di esso, molto più sembra che debba riputarsi accessorio: l'incorporazione, l'immedesimazione vale effettivamente ben più dell'accessorio. Del resto, la servitù ha tutti i caratteri dell'immobile per natura e per destinazione a un tempo, avuto riguardo al servizio ch'essa è destinata a prestare da fondo a fondo, mercè uno sfruttamento ch'è la pura conseguenza diretta e necessaria della sua natura e della sua destinazione. Se gli alberi di alto fusto si reputano suscettibili o capaci d'ipoteca malgrado la facilità di staccarli dal suolo, più ancora sembra che ciò possa dirsi delle servitù o attitudini utili allo sfruttamento da un fondo all'altro. Aggiungasi alle altre ragioni interpretative l'art. 412 Cod. civ., relativo alla natura immobiliare delle sorgenti, serbatoi, corsi e canali d'acqua, questi ultimi relativamente al fondo dominante (*quatenus praedio adhaerent*); ma vi è, ben decisivo e chiaro di per sè, l'art. 415 che pone tra gli immobili per l'oggetto cui si riferiscono le servitù prediali. L'espressione dell'articolo è che la legge consideri le servitù prediali come immobili, non che per tali le renda la destinazione dell'uomo o la loro natura stessa: e, se la legge le considera come immobili oggettivamente, non solo non vi è nulla da aggiungere o da togliere alla

Digitized by Google

disposizione della legge, ma anche non resta che approvare e giustificare appieno il legislatore, che, nell'attribuire la qualificazione economico-giuridica all'istituto delle servitù non partì da altro criterio che non fosse quello del tutto sano e apprezzabile del carattere intrinseco della cosa in sè stessa, senza guastare la considerazione obbiettiva con riflessi estranei e di natura secondaria. Ma si ribatte che non tutti gli immobili sono passibili d'ipoteca, che taluni lo sono e altri no: che tra questi ultimi sono le servitù prediali, appunto per conseguenza del carattere di utilità ch'esse debbono avere relativamente a un determinato fondo e non ad altro fondo.

Bisogna guardarsi da questo ritorno al concetto di utilità, che nel linguaggio tecnico delle servitù significa anche meno che nulla, se fosse possibile. Non è che l'utilità della servitù, essendo diretta all'adempimento dei bisogni o dei comodi di un determinato fondo, non possa qualche volta essere adoperata e rivolta a pro di qualche altro fondo vicino, per quanto con intensità minore. Per esempio, la via, alienandosi il diritto di passaggio di un fondo vicino, può essere adoperata egualmente da altro fondo vicino, cui il fondo alienante (prima dominante) figuri e diventi poi come fondo interposto o mediano, e anzi propriamente, di dominante ch'era prima, diventi pur esso serviente come l'altro fondo che originariamente serviva a lui. Insomma, la servitù certamente (si tenga sempre presente l'ipotesi della via) non è più quella di prima: essa è aumentata di estensione e di percorso, ma nella novella sua estensione è compresa altresì l'estensione precedente ossia nella maggiore è compresa l'estensione minore. Ciò significa che la via precedente non è divenuta inutile per il nuovo fondo dominante; anzi forma parte della nuova e maggiore utilità per il fondo più remoto da quello ch'era precedentemente e che rimane tuttora il termine della servitù. Quel che si dice della via può anche applicarsi all'acquedotto; la condottura dell'acqua può allungarsi e terminare in un fondo più remoto dalla fonte o scaturigine dell'acqua stessa o dal punto ove l'acqua è stata derivata o donde fu condotta dal lago privato o altrimenti. Or dunque nulla di strano o d'impossibile che non sia il concetto di

Digitized by Google

utilità dello sfruttamento, in cui consiste il contenuto della servitù, quello che possa offrire un serio ostacolo all'alienabilità e alla pignorabilità d'una servitù prediale. L'ostacolo sorge invece da questa considerazione ben diversa: che la servitù è un rapporto tra fondi determinati e quindi topograficamente designato in un dato modo e per un dato percorso. Il fondo dominante, il serviente, il contenuto della servitù, il percorso e le modalità tutte di questa costituiscono un istituto giuridico unico e inscindibile, vale a dire un'unità completa, dalla quale non può segregarsi qualche piccola parte senza dar vita ad un nuovo istituto, che può anche contenere il vecchio o precedente, ma che è diretto a rispondere ad una nuova costruzione giuridica, in cui quello che prima era il fondo dominante diventa ora uno dei fondi servienti. Se dunque in tal caso è data la possibilità dell'alienazione, questa non è che preparatoria alla costituzione d'un nuovo rapporto che può ritenersi oggettivamente comprendere il rapporto antico, ma che ad ogni modo effettivamente è un rapporto diverso e per il contenuto e per la finalità sua. — Vi sono peraltro molti casi, in cui una servitù non può alienarsi se non estinguendosi senza possibilità alcuna di rivivere ingrandita per trasformazione di contenuto. Una servitù di appoggio, a mo' d'esempio, quando cessa tra edifizi che debbono appoggiarsi l'uno contro l'altro, non può servire più a nulla; essa si estingue completamente e non presenta più alcuna adattabilità allo sfruttamento nè per il fondo ch'era prima dominante nè per alcun altro fondo che aspiri posteriormente a dominare. Or questo significa che le servitù rustiche, la cui estensione territoriale è senza dubbio maggiore e più coordinata alla intiera sistemazione della superficie, che non siano le servitù urbane, presentano un certo grado di possibilità per cambiamenti di sistemazione senza alterazione sostanziale del contenuto, cioè senza perdita di alcuna energia di produzione o di sfruttamento. Nelle servitù urbane invece si ha proprio il contrario: vale a dire che il più piccolo spostamento, la più piccola alterazione nel contenuto, purchè giunga a cambiare il fondo dominante, guasta tutto quanto il contenuto della servitù. Questo potrebbe dare anche la spiegazione della disposizione contenuta nella

Digitized by Google

l. 11, § 3, Dig. 20, 1, in confronto alla successiva l. 12: nel senso appunto dell'attitudine maggiore che le servitù prediali rustiche hanno per un cambiamento di sistemazione sulla base della estensione del sistema di sfruttamento: cosa che si passa diversamente nelle servitù urbane, dove la cerchia rappresentante la sfera d'azione del fondo dominante e del serviente è ben limitata, trattandosi per solito di spazi utilizzati tutti per le fabbriche destinate all'uso di abitazione civile e quindi di spazi ristretti e che non ammettono neppure materialmente una variabilità di sistemazione. •

62. Lo stesso è forse a dirsi della pignorabilità o dell'ipotecabilità delle servitù prediali? Cominciamo coll'esaminare il quesito in tutto praticamente. Il pegno e l'ipoteca sono diritti costituiti sopra beni del debitore o di un terzo per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione; e perciò l'uno e l'altro di essi non hanno pratica importanza, se non ammettendo la possibilità dell'esproprio appunto per procurarsi un tale soddisfacimento, che in caso diverso si renderebbe inattuabile. Or dunque è mai possibile praticamente espropriare, cioè alienare una servitù prediale? Lo abbiamo detto sopra: una servitù prediale non può alienarsi, indipendentemente dal fondo sul quale insiste come su fondo dominante, se non a patto che il fondo prima dominante diventi in seguito serviente: il che non può accadere e non accade dunque fuorchè nelle servitù rustiche, escluse ad ogni modo le urbane, quantunque pur queste siano dal nostro Codice considerate come immobili. E appunto poco fa si diceva che questa può essere una spiegazione profonda del citato frammento di MARCIANO nel libro singolare di commento alla formola ipotecaria: il potersi cioè (si parla qui soltanto di possibilità) variar di sistemazione alle servitù rustiche senza notevoli perturbamenti nella sostanza e nella fisionomia del contenuto del negozio giuridico ammette che la pignorabilità di esse servitù rustiche si voglia effettuare con un determinato fine pratico diretto alla soddisfazione d'un credito o di un diritto personale comunque derivante da un'obbligazione. In conseguenza di ciò, per la mancanza dello stesso fine pratico, di cui si reclama o si ricerca l'adempi-

Digitized by Google

mento, non si ammette pegno di servitù prediali urbane, che, distaccate dal fondo dominante, non avrebbero più ragion d'essere, anzi finirebbero per fenomeno di estinzione naturale e giuridica. Sembra che queste conclusioni non possano in modo alcuno oppugnarsi; poichè appunto le regole giuridiche non possono sorgere che dalla configurazione dei fatti e dal diverso atteggiamento di essi non solo, ma dalla loro diversa attitudine a produrre l'una o l'altra conformazione atta alla costruzione di questo o di quell'istituto giuridico designato per la soddisfazione di determinate utilità della vita e dei patrimoni.

Or vediamo se a questa soluzione pratica, favorevole alla pignorabilità delle servitù prediali rustiche, vi siano ostacoli insormontabili nella dottrina o nei testi del nostro diritto vigente. Dal lato dell'alienabilità, riassumendo dunque, non vi sono ostacoli di sorta, perchè non per altro potrebbe essere inalienabile una servitù se non per mancanza d'interesse ad alienarla da una parte e ad acquistarla dall'altra; non già perchè in qualche modo vi siano ostacoli di ragion pubblica. L'oggetto non si presta se non limitatamente al trasferimento da un proprietario all'altro del diritto di servitù attiva; e appunto per la costituzione di un nuovo rapporto di servitù, di cui il rapporto preesistente entri a far parte. Per la natura immobiliare della servitù prediale, non può sorgere nessun dubbio: poichè i diritti di servitù prediale sono considerati dalla legge come immobili e come tali possono assoggettarsi ad ipoteca. L'unico ostacolo all'ipotecabilità delle servitù prediali (diciamo pure delle rustiche in ispecie) potrebbe consistere in ciò, che nell'articolo 1967 Cod. civile si dicono capaci d'ipoteca i beni immobili in commercio cogli accessori loro riputati come immobili, l'usufrutto degli stessi beni e loro accessori, i diritti del concedente e dell'enfiteuta; ma non si dicono capaci d'ipoteca i diritti di servitù prediale nè urbana nè rustica. Questa omissione è dunque interpretata in senso di esclusione, perchè vi voleva (si dice) una disposizione espressa che rendesse capaci di ipoteca tutti i beni immobili e perchè lo aver nominato parecchi beni immobili tacendo delle servitù sembrerebbe appunto aver voluto escludere le servitù stesse. Or ci duole

Digitized by Google

di non poter sottoscrivere a questa argomentazione. La legge (art. 1967 Cod. civile) ha voluto proprio rendere ipotecabili tutti quanti i beni immobili, senza distinzione nè restrizione di sorta: appunto perchè l'ipotecabilità è un requisito inerente all'utilizzazione degli immobili stessi. Unica condizione necessaria per l'ipotecabilità dei beni immobili è la commerciabilità di essi: commerciabilità che appunto si ha in circostanze normali e che suppone il pieno sfruttamento giuridico di tutte le utilità economiche della cosa. Or nessuno può dimostrare che le servitù non siano in commercio per loro stesse, tanto è ciò vero che si trasmettono attivamente col fondo dominante e passivamente col fondo serviente; e, poichè per loro stesse sono commerciabili, occorre qualche altra ragione, che non sia la lettera del n. 1 dell'art. 1967, per escluderle. Ma quel che non si può concepire assolutamente è questo: che cioè il legislatore nell'art. 1967 abbia precisamente taciuto di servitù prediali per escluderle del tutto dal novero delle cose ipotecabili. Ma perchè il legislatore si sarebbe dovuto comportare a questo modo, attenendosi ad una enumerazione esclusiva appunto per non comprendere le servitù tra le cose capaci d'ipoteca? Qual mai ostacolo vi era o vi poteva essere per ammettere l'ipotecabilità delle servitù prediali? È impossibile, dicesi, sottoporre ad ipoteca una servitù senza colpire il fondo cui questa servitù è inerente. Da un certo punto di vista il ragionamento corre; ma allora come è possibile colpir d'ipoteca gli accessori senza che i principali immobili abbiano in qualche modo a risentirne; come si potrà colpire d'ipoteca la parte senza involgere un deprezzamento del tutto, cioè senza colpire indirettamente tutto quanto il fondo? Eppure in questi casi non si è trovata difficoltà di sorta, e si è voluto anzi fare espressa menzione degli accessori riputati come immobili appunto per il loro carattere accessorio all'immobile (principale), sulla cui ipotecabilità non cade dubbio. Del resto, quando la servitù (p. e. quella di via e di acquedotto) si concreta in talune opere manufatte o in una parte di fondo agevolmente scindibile dalle altre parti, è possibile attaccare in modo speciale quella parte con ipoteche o con oneri di qualsivoglia specie, quando in ciò si possa avere un qualche

Digitized by Google

interesse. I tubi di un acquedotto possono pure avere un qualche valore, e non è escluso che si possano dare in pegno per quel che valgono, oppure, meglio, in ipoteca, considerata la loro immobilizzazione a causa della destinazione loro nel fondo al quale essi sono applicabili per render possibile la condotta. È vero che dare in pegno o in ipoteca il materiale dei manufatti che servono per l'esercizio d'una servitù non equivale a dare in ipoteca la servitù stessa; ma intanto con questo già si ha un primo passo verso il distacco di qualche cosa che appartiene alla servitù e che della servitù rappresenta il segno esteriore e visibile. Se questi manufatti per l'esercizio dell'ipoteca venissero ad espropriarsi, evidentemente cesserebbe l'esercizio della servitù ed occorrerebbero altri manufatti per riattivarlo; ciò si comprende a tutta prima. Ora, questa contrarietà all'ipotecabilità delle servitù in genere e delle servitù rustiche in ispecie, a nostro modo di vedere, dipende da una falsa concezione del cosiddetto criterio dell'inerenza delle servitù stesse ai fondi cui appartengono, da un'invocazione inopportuna del concetto di utilità, spaziando in un ordine di considerazioni astratte e fuor di luogo.

63. Vale la pena di chiarire tali idee. La servitù si ritiene inerente a un determinato fondo, attivamente; nel senso che senza un fondo che domini non sia possibile concepire una data servitù, e che, una volta appunto avuto riguardo ad una servitù determinata, e per questa servitù costruito un rapporto tra due fondi, non è più possibile cambiando fondi mantener più quel rapporto. Uno spostamento giuridico ed economico ne deriva senza dubbio, lo vedemmo; e ci siamo anche reso conto dell'entità di un tale spostamento e delle sue conseguenze giuridiche. Abbiamo visto che il fondo dominante può divenire serviente e appunto in tal guisa può accadere che il contenuto della servitù resti tale e quale e possa ancora utilizzarsi quantitativamente così com'è, pur cambiando la posizione e la configurazione giuridica tutta quanta. L'inerenza è quindi in parte il prodotto di condizioni fisiche e topografiche, ma in parte ancora il prodotto della destinazione del padre di famiglia: destina-

Digitized by Google

zione alla quale non ancora si è voluta dare tutta l'importanza che merita; poichè certamente, senza la destinazione che cooperasse colla natura delle cose e colla situazione dei luoghi, non si avrebbe quell'unità concorde di mezzi e di fini, quale si ravvisa in un istituto giuridico autonomo. Eliminata questa destinazione funzionale per ragion di nesso tra lo scopo e il mezzo, la parte reale o materiale dell'inerenza è qualche cosa che può soggiacere a sgretolamento e ad avarie; poichè la destinazione è come il concetto predominante e informatore dell'istituto considerato dal punto di vista giuridico. Certamente il concetto dell'inerenza è un bel concetto e serio; ma applicato agli istituti giuridici, come qualsiasi altro concetto astratto, ha una forza sostantiva e concreta limitata assai. In altri termini, è d'uopo stare in guardia per evitare che l'astrazione giunga a sopraffare il concetto pratico, da cui l'idea giuridica deve scaturire limpida e pienamente efficace: il concetto d'inerenza non può mantenersi lungamente *in abstracto*, se vuole aver l'onore d'essere invocato per caratterizzare la natura e l'indole della servitù. E questo si comprende: tanto vero che tutti coloro i quali invocano questo concetto si sentono poi grandemente imbarazzati a tradurlo effettivamente in pratica. Insomma pare che quest'inerenza voglia rappresentare come una specie d'incorporazione indivisibile della servitù col fondo al quale la servitù stessa si dice incorporata, immedesimata: i glossatori direbbero come le unghie sono incorporate alle dita e così dicendo; talchè il fondo dominante non possa per comportarsi nel modo come si trova fare a meno della servitù stessa. Ma sembra che questa conclusione sia non poco azzardata, almeno qualora si voglia renderla generale; e ciò per la semplice ragione che può benissimo immaginarsi, p. e., che il proprietario di un fondo per recarvisi percorra una strada più o meno lunga, si conduca da una parte anzichè condursi dall'altra. Lo stesso si dica dell'acquedotto: un proprietario può benissimo trovare più conveniente per molte ragioni di condurre acqua da una parte anzichè da un'altra, quantunque cambiando percorso del proprio acquedotto, egli venga a renderlo di gran lunga maggiore. Può darsi il caso, a mo' d'esempio, che, acquistato il diritto a

Digitized by Google

condurre acqua da una data distanza e messi anche in opera i manufatti necessari per l'esercizio di un tale acquedotto, il proprietario del fondo dominante trovi di condurre la stessa quantità di acqua con minore spesa, e magari di qualità migliore, da un punto più lontano. Allora, dove va a finire questa tanto rigorosa inerenza che fa perdere la speranza di ogni alienazione? L'inerenza è subordinata alla destinazione, come ogni concetto assoluto nel diritto è subordinato alla volontà della parte o delle parti che concorrono alla costituzione del negozio giuridico: insomma essa dura fino a che la parte desidera che duri, e quando la parte intende di farla cessare cessa. Il cambiamento di destinazione è un fatto normale, che si verifica bensì anch'esso nell'orbita delle possibilità giuridiche, ma che assai volte concorre precipuamente alla determinazione dei rapporti giuridici: la qual cosa fa sì che noi non dobbiamo trascurarlo, anche e tanto più perchè sorge sempre dal fatto o dal complesso dei fatti ed è costantemente di natura concreta. L'inerenza, del resto, è un concetto che non ha potuto trovar mai una completa determinazione giuridica: la miscela, la combinazione si trovano nel diritto, fino al punto che si sa non potersi più restituire ai suoi corpi semplici un corpo composto senza sottoporlo ad un processo fisico, e soventi volte non lo si può affatto perchè dovrebbe ricorrersi a mezzi chimici che favorirebbero, distruggendo la prima, un'altra combinazione, ma non varrebbero a restituire integri e sani i corpi primitivi. Così nelle miscele ben difficilmente, almeno senza i sussidi scientifici, si riescirebbe a scindere i corpi mescolati e ritornarli alla primitiva indipendenza. Ma il fatto (se tale è) dell'inerenza non sembra potersi tradurre in alcuna di queste configurazioni; nè in quelle romane dell'*adplumbatio* o della *ferruminatio*, perchè dire di una pietra preziosa incastonata in un anello che essa è a questo anello inerente, sarebbe dire cosa non solo remotissima dagli usi giuridici, ma anche poco esatta e assolutamente indeterminata. Per lo che non vi è ragione per mantenere una parola, alla quale di solito non si attribuisce significato alcuno e che può benissimo essere supplantata da altre parole già in uso ed aventi significato più preciso e adattabile alle varie ipotesi. Ora

Digitized by Google

naturalmente alle inutili e perfuntorie espressioni non si deve dare importanza alcuna ed è invece necessario tenersi alle espressioni precise e ai concetti più semplici e più usuali. Certo, per indicare con precisione il rapporto tra la servitù e i fondi tra i quali il relativo rapporto giuridico intercede, si dovrebbe richiamare senz'altro la definizione esposta in principio e ivi dimostrata in ogni sua parte, e richiamare altresì il significato e la portata del concetto della *qualitas praedii* e del *praedium qualiter se habens*. Ma non è il caso qui di richiamare una discussione che può ritenersi ormai esaurita; e neppure può ricostituirsi il concetto di servitù sopra basi diverse da quelle che si adottarono, soltanto per fare il comodo di un concetto astratto, del quale nessuno qui o altrove sente davvero propriamente il bisogno.

Quanto all'utilità, si dice che la servitù deve avere utilità per un determinato fondo e non può averne per altro fondo. Anche qui si è vittime di un equivoco derivante da un concetto assoluto, o, per dir meglio, da un concetto che può anche intendersi in senso relativo, ma si vuole assoluto appunto a bella posta per venire ad una conclusione *a priori* che collimi con quella che giova per il proprio assunto della non-pignorabilità delle servitù prediali. Ma è facile comprendere che anche il concetto dell'utilità non ha nulla di assoluto, perchè le utilità sono relative sempre ai tempi, ai luoghi, alle persone e cambiano col cambiar degli uni e delle altre. Certamente tra il fondo serviente e il fondo dominante, perchè possa intervenire lo sfruttamento, ch'è proprio delle servitù, deve correre tale un rapporto di utilità, per cui il dominante trovi convenirgli lo sfruttamento stesso e vi ricorra senza domandare ad altri mezzi il conseguimento del fine medesimo: cosa che forse neppur si potrebbe. Ma, oltre a ciò, dell'utilità di un rapporto giuridico non vi è miglior misuratore o calcolatore dello stesso che dovrebbe, vorrebbe o potrebbe approfittare di quel rapporto per suo particolare interesse: e il calcolo dell'interesse deve lasciarsi alla parte o alle parti e non deve pretendersi nè dalla legge nè dall'interprete della legge. Si è già visto che l'utilità derivante specialmente da una servitù rustica può trasformarsi, sol che il fondo dominante divenga servente e interposto tra

Digitized by Google

l'originariamente unico fondo serviente e il nuovo fondo dominante. In questo nuovo rapporto nulla si perde del rapporto antico, di cui anzi il contenuto aumenta; la costruzione soltanto viene a cambiare e cambia di non poco, perchè il fondo che prima era dominante, diventa, come si è visto, serviente anch'esso coll'altro che serviva in origine. Senza dubbio un cambiamento di questa specie, come ogni altro cambiamento anche di minore entità nella servitù originaria, non si può avere se non in forza di un modo di perdita da parte del vecchio fondo dominante che diventa serviente e di acquisto da parte del nuovo fondo dominante. La posizione del vecchio fondo serviente rimanendo immutata, si potrebbe domandare se non fosse il caso di trattarlo colla semplice notificazione della cessione. Ma giungere sino a tal punto sarebbe un volere andare tropp'oltre sulla via dell'emancipazione dal rapporto reale. Il proprietario del fondo serviente sa di essere in tale posizione rispetto ad un fondo dominante, nè lo si può costringere a cambiar di fondo dominante, se il rapporto suo di servitù ebbe origine esclusivamente e individualmente riguardo a quest'ultimo. È quindi assolutamente necessario che il fondo serviente concorra per la sua parte a questa trasformazione, riconoscendo il nuovo fondo dominante e la cessazione del dominio del vecchio fondo come un nuovo negozio giuridico; in altri termini esso deve accettare il nuovo padrone, oppure deve subire un processo giuridico che valga e per la perdita e per l'acquisto di cui si è detto. Ma intanto, qualora ciò in fatto accada, ossia qualora il nuovo rapporto si formi giuridicamente e di fronte al nuovo fondo dominante e di fronte al vecchio fondo dominante e di fronte al vecchio fondo serviente, è ben naturale che non vi sia nulla da dire e che debba considerarsi il nuovo rapporto giuridico di servitù come perfetto. Così non si rompe affatto la catena delle utilità, anzi si afferma efficacemente l'ossequio più completo alle utilità e alla trasformazione di esse ch'è già di per sè sola un'utilità: perciocchè è risaputo che nella vita e nei patrimoni degli uomini le utilità sono instabili e variano per variar di vicende. Non si può affermare che, una volta fondato un rapporto giuridico in base a un concetto e a un fenomeno o fatto di uti-

Digitized by Google

lità che vi dia causa, debba poi il rapporto stesso perdurare eternamente: si sa soltanto, per quanto risulta dall'esame propedeutico del concetto di causa nelle servitù prediali, che la durata di un tale rapporto vuol essere indeterminata e anche indeterminabile: senza di che si avrebbe la possibilità di un rapporto meno serio e meno profondo di quello che sorge per la costituzione d'una servitù. Ma il rapporto di servitù può cessare anche da un giorno all'altro e all'impensata dei terzi, quando non vi è più una ragione d'interesse pratico per la sua sopravvivenza. In questo senso può pensarsi ad un'utilità in certo modo permanente o a tempo indeterminato; viene poi il momento in cui lo spostamento delle utilità rende necessarie o utili o comunque convenienti altre combinazioni, che sfuggono all'analisi della teoria, ma che nella pratica quasi sempre derivano dai cambiamenti e trasmissioni della proprietà di fondi vicini compresi in una medesima zona culturale o territoriale in genere. Stando così le cose, non può allo spostamento dei rapporti di fatto non corrispondere anche uno spostamento nei rapporti di diritto, che sono o debbono essere l'eco perfetta dei primi. L'ossequio alle utilità nuove e l'abbandono delle utilità vecchie non è incostanza, non è inadempimento, non è violazione, ma non è se non la pura e semplice attuazione ed esplicazione della tendenza pratica del diritto ch'è destinato per sopperire ai bisogni e alle esigenze della vita in genere.

Digitized by Google

CAPO V.

Obbligazioni sopra servitù prediali.

64. Posizione del quesito: la *servitus servitutis* e i testi romani. — 65. Interpretazione e critica di essi testi. — 66. Esame delle alterazioni del frammento di Africano: ricostruzione. — 67. Diritto moderno.

64. Poichè la servitù prediale è un diritto il quale entra nel patrimonio del proprietario del fondo dominante, sembra ragionevole che come ogni altra attività patrimoniale possa formare oggetto di contratti: ed allora non è neppure da contrastarsi che possa essere costituita a mezzo di quasi-contratto. Ma è d'uopo esaminare in concreto se ciò veramente possa farsi; e se, anche potendosi fare, sia necessario imporvi delle limitazioni e quali. Allorchè un bene entra nell'orbita patrimoniale di chi può disporne, esso può entrarvi sotto forma di bene reale o di bene personale: la persona del titolare di quel patrimonio si confonde naturalmente colla persona del titolare di quel bene. Or qual è il bene che nelle servitù prediali entra a far parte del patrimonio del proprietario del fondo dominante e quale è il bene che entra nel proprietario del fondo serviente? Nel patrimonio del proprietario del fondo dominante entra il fondo dominante, il cui valore grazie alla servitù è aumentato in confronto di quello che varrebbe se ad esso la servitù non fosse congiunta; nel patrimonio del proprietario del fondo serviente viceversa entra questo fondo; il cui valore grazie alla servitù stessa è diminuito in confronto di quello che varrebbe se non sostenesse l'onere della servitù. Ma, più o meno pregievole, aumentato o diminuito di valore, di quanto potrebbe valere un fondo sul quale nè attivamente nè passivamente facesse capo alcuna servitù, il fondo è sempre quello, unitariamente e obbiettivamente considerato: la servitù in sostanza non rappresenta che una modalità nell'esistenza giuridica e una quantità nella esistenza economica del fondo stesso. Quindi, allorchè si domanda che cosa formi oggetto del diritto del proprietario del fondo dominante, la risposta è una: il fondo stesso col-

Digitized by Google

l'annessovi dominio della servitù. E, se la domanda si riferisce al fondo serviente, la risposta è pure unica: il fondo coll'annessavi sofferenza. In altri termini, nell'un caso e nell'altro, entra nel patrimonio il fondo qual esso è e come esso è. Il rapporto di servitù dunque intacca profondamente la compagine del fondo dominante e quella del fondo serviente rispettivamente, fino quasi a formarne una seconda natura: diguisachè il rapporto di servitù figuri direttamente come rapporto da fondo a fondo e solo di rimbalzo si ripercuota sui patrimoni.

E infatti, dal punto di vista patrimoniale, tanto è che il fondo dominante non abbia il dominio della servitù, ma goda di un'estensione maggiore, oppure che il fondo serviente non abbia la sofferenza della servitù stessa ma sia meno esteso. Il rapporto di servitù prediale va guardato pertanto col porre a riscontro l'un fondo e l'altro, il dominante e il serviente; il patrimonio ne risente bensì gli effetti, ma non ne regola le vicende: la servitù, finchè esiste, costituisce un'attività positiva per l'uno e negativa per l'altro dei proprietari dei due fondi, ma non può considerarsi come staccata dai fondi dei quali forma il comportamento reale. Laonde non è la servitù, ma il fondo propriamente, che forma oggetto della consistenza patrimoniale, tanto economicamente quanto giuridicamente parlando. Ne consegue che noi non possiamo obbligare la servitù la quale affetta il fondo che è nel nostro patrimonio, ma il fondo che è nel patrimonio stesso ed affetto di servitù come esso è di fatto. In questo senso convien dunque rettificare l'espressione « obbligazione sopra servitù prediali », che si debba intendere come obbligazione di fondi o su fondi, sopra i quali cade una servitù prediale: appunto perchè la servitù non può nè giuridicamente, nè economicamente, nè logicamente considerarsi come distaccata dai fondi dei quali regola i rapporti reali.

Il quesito potrà dunque configurarsi nel modo seguente: quali obbligazioni sono ammissibili sopra un fondo dominante o serviente, per modificare od affettare un rapporto di servitù tra di essi, senza estinguerlo, e specialmente a favore di un terzo fondo o di un proprietario diverso dal proprietario dell'uno e dell'altro fondo? Evidentemente non si può cedere l'attività o la passività della servitù senza cedere, rispetti-

Digitized by Google

vamente, il fondo dominante od il serviente. E questo è facile a comprendersi senza sforzo: com'è facile comprendere che non c'interessa punto di ricercare gli effetti della cessione di un fondo rispetto alla servitù che attivamente o passivamente riguardano il fondo stesso; e neppure di seguire le fasi della servitù stessa e nel fondo dominante e nel serviente in caso d'alienazione. La ricerca sarebbe anche inutile, appunto perchè, trattandosi di un diritto che affetta il fondo, è indifferente che la proprietà del fondo stesso, dominante o serviente che esso sia, si trovi presso l'uno o l'altro proprietario: l'andamento, il comportamento del rapporto reale come tale è sempre il medesimo. Vi potranno essere delle varianti ed anche delle interruzioni nell'esercizio, occasionate sopratutto dalla molteplicità e dalla frequenza dei passaggi dei fondi stessi da proprietario a proprietario; ma queste interruzioni sono possibili anche se la proprietà dell'uno o dell'altro fondo o di entrambi resta sempre presso di una medesima persona, e tutto dipende dalla variabilità delle circostanze e nulla può a questo riguardo determinarsi mediante considerazioni astratte od ipotesi aprioristiche. Anche il diritto e l'esercizio del diritto di servitù, quando sembra stazionario od invariato, ordinariamente presenta delle piccole variazioni, alle quali, se l'occhio vigile di una delle parti interessate volesse o sapesse tener dietro, sovente potrebbe darsi un significato di sensibile modificazione al diritto stesso come vigeva prima o come sino allora era stato esercitato: dappoichè è proprio impossibile che per molto tempo anche uno stesso diritto abbia ad esercitarsi nella stessa maniera. Quelle variazioni che trattandosi di un diritto pieno figurano di poca importanza, trattandosi invece di un diritto limitativo possono assumere un'importanza maggiore e dànno, per così dire, più nell'occhio all'osservatore; ma, come altrove si disse, non essendo lecito di considerare siffatte variazioni incivilmente, ossia con criteri che il diritto civile dovrebbe contrapporre alle abitudini della civile convivenza e alle consuetudini di un dato ambiente civico o rurale, rimane escluso che debbano apprezzarsi come modificatrici del diritto e causa di prescrizione d'uso quelle modalità che sogliono scientemente considerarsi come indifferenti.

Digitized by Google

Che anzi appunto parecchie di queste mutazioni o gradazioni sono indifferenti davvero di fronte alla configurazione giuridica del rapporto di fondo a fondo: esse restano come fenomeni accidentali e che non pregiudicano i mezzi giuridici per ricondurre nei suoi veri confini l'esercizio del diritto di cui si tratta. Perchè (e di queste cose già discorremmo a proposito dell'applicazione della legge del minimo mezzo e altrove) in materia di diritti limitativi di altri diritti abitualmente e per loro natura maggiori, anzi massimi, la logica dell'interprete dev'essere condotta con molta sobrietà di deduzioni sillogistiche e senza abuso di conseguenze. Questi cambiamenti attengono nè più nè meno che allo sviluppo ordinario della vita dell'istituto giuridico: mentre le obbligazioni, di cui noi ci occupiamo, hanno piuttosto riguardo alle crisi, alle fasi straordinarie della vita dell'istituto stesso, in quanto si tratta di negozi giuridici volontari e volontariamente diretti ad una mutazione sostanziale della posizione giuridica e dei relativi rapporti intercedenti tra fondo e fondo. Un cambiamento di questa specie deve verificarsi in forma visibile e sensibile, d'un tratto e con un contrasto spiccato in confronto con la situazione precedente: e per giungere a questo non basta neppure che la proprietà dell'uno dei due fondi passi semplicemente da un proprietario all'altro. Anche la divisione materiale del fondo dominante o del fondo serviente non altera, come vedemmo, la natura dell'istituto; perciocchè la servitù resta sempre indivisa e indivisibile e tale permane nei fondi che entrano o sono entrati nel rapporto di servitù. Il che significa esser necessario che, per renderci ragione di un tale cambiamento giuridico e anche soltanto per figurarcelo dinanzi agli occhi, noi dobbiamo supporre che la obbligazione cada sulla servitù indipendentemente, almeno fino ad un certo punto, dallo stato del fondo dominante e del fondo serviente, o almeno senza connessione col passaggio di proprietà del fondo stesso da uno ad altro proprietario. Diciamo che dobbiamo figurarcelo: perchè appunto le assurdità alle quali si può andare incontro mediante l'ipotesi di un'obbligazione diretta, oggettivamente rivolta sulla servitù senza la necessaria ripercussione su entrambi i fondi, e anzi escludendo una tale ripercussione, forma per noi l'indice più

Digitized by Google

sicuro dell'impossibilità di deviare l'istituto giuridico dalla sua portata naturale e necessaria, dalla sua direzione abituale. Anche in questo, come in molti altri casi di controversie giuridiche, la dimostrazione migliore e più sicura è quella tratta dall'assurdo: appunto perchè, spingendo il sillogismo alle ultime conseguenze, e a tutta l'estensione delle sue conseguenze, torna più facile mettere in luce le incongruenze e la falsità d'una posizione sforzata e contraria alla indole dell'istituto giuridico.

In sostanza il quesito si riduce e si concentra nella domanda se sia possibile la costituzione di una servitù sopra un'altra servitù. A questo quesito già in diritto romano si rispose chiaramente: *servitus servitutis esse non potest* (L. 1, Dig. 33, 2). Però l'interpretazione e l'intelligenza di questo principio nel diritto romano, da cui pur bisogna partire massimamente in materia di servitù (perchè ormai è da tutti riconosciuto che l'istituto della servitù nel diritto moderno rimane ancora quale fu in antico determinato dai romani), è stata oggetto fino, può dirsi, ad oggi, ad un'infinità di controversie sottilissime, specie per la pretesa necessità di una conciliazione di quel frammento di Paolo coll'altro frammento di Africano ricevuto come l. 33, § 1, nel Dig. 8, 3. Leggendo accuratamente l'uno e l'altro di questi frammenti, si trova che Paolo ritenne inammessibile il legato di uso o di usufrutto su di un *iter*, un *actus*, una *via*, un *aquaeductus*, perchè non può darsi una servitù sopra un'altra servitù *(servitus servitutis esse non potest)*; ed il senatoconsulto che stabilisce potersi lasciare in legato l'usufrutto di tutte le cose che sono nel patrimonio non può essere utile in questo caso, perchè la servitù non è nel patrimonio nè fuori del patrimonio *(quia id neque ex bonis neque extra bona sit)*: ma vi è l'*actio incerti* per costringere l'erede a somministrare al legatario, vita sua durante, la facoltà di usare del passaggio, della condotta e dell'acquedotto, oppure a costituire una servitù sotto cauzione che abbia a cessare alla morte o alla diminuzione di capo del legatario per una grande ragione. Questo il frammento di Paolo com'è riportato nel testo fiorentino di comune uso: ma già fin da vario tempo questo frammento fu oggetto di critiche e di rettificazioni.

Digitized by Google

Interpretato l'inciso — *quia id neque ex bonis neque extra bona sit* — coll'abitudine degli antichi di considerare come inesistenti le cose incorporali, inesistenti e nel patrimonio e fuori del patrimonio (perchè, come dice CICERONE nella *Topica*, non esistessero se non per finzione di diritto e nell'intelletto), e perciò nel senso che non potessero esser l'oggetto del senatoconsulto richiamato che tratta solo delle cose che sono nel patrimonio; si riconosce che PAOLO, contrariamente all'opinione di SABINO, ammette l'usufrutto delle servitù come delle altre cose. Ma intanto si ritiene che la limitazione *ex magna causa* sia stata introdotta per effetto di un'interpolazione tribonianea; poichè pel diritto giustinianeo l'usufrutto si estingua per la sola *diminutio capitis maxima*. AFRICANO a sua volta contempla l'ipotesi che si conduca acqua per predii di più persone in forza di una servitù comunque imposta. Purchè su di ciò non sia seguito patto o stipulazione, non si potrà permettere ad alcuna di dette persone o ad alcun altro vicino di estrarre acqua da quel rigagnolo. Ma, se vi fu patto o stipulazione, si suol permettere anche questo, benchè nessun predio possa servire a sè stesso nè si possa costituire usufrutto di servitù (perchè, aggiungevano gl'interpreti a titolo di chiarimento, l'usufrutto stesso è una servitù).

Ma si noti che il testo non dice — *neque servitutis ususfructus constitui potest* — bensì — *neque servitutis fructus constitui potest.* — Orbene, mantenendoci possibilmente fedeli al testo, noi potremmo dire che PAOLO vieta, a mo' d'esempio (e questo per mantenerci nella stessa ipotesi di AFRICANO e riuscire perciò ad un parallelismo completo), che si ritenesse valido il legato di uso o di usufrutto di una tale servitù, perchè essendo l'uso o l'usufrutto una servitù, nè potendosi ammettere servitù avente per oggetto una servitù, un legato di questa specie avrebbe un oggetto irrealizzabile, incivile, non concreto nè reale: tanto più che la servitù (considerata di per sè e indipendentemente dai fondi ai quali si riferisce) non è nè *ex bonis* nè *extra bona.* La conclusione è dunque che l'acquedotto, così com'è costituito a favore di un fondo, non può costituirsi a favore di una persona: e, se, malgrado questa incongruità, si è in presenza di un legato di usufrutto, questo non può ritenersi valido che come una semplice obbli-

Digitized by Google

gazione personale, non protetta da alcuna azione reale. E infatti una servitù prediale si costituisce a favore di un fondo e non a favore di una persona; mentre il legato è fatto sempre in considerazione della persona beneficata, se questa non ha un fondo che giustifichi o che faccia interpretare la disposizione stessa in senso di costituzione di un diritto reale. In altri termini la forma di costituzione di un rapporto giuridico non può alterare la natura del rapporto costituito. E AFRICANO sostiene a sua volta che l'acquedotto, comechè transiti per vari fondi nel percorso dal fondo dominante al fondo serviente, tuttavia non può alla sua destinazione giungere diminuito, perchè ai fondi intermedî sia lecito di sottrarre qualche parte dalla copia d'acqua condotta, in modo che questa possa anche giungere diminuita al proprio destino. I fondi per i quali l'acqua transita sono tutti servienti; e quindi evidentemente non potrebbero di loro arbitrio approfittare dell'acqua che passa attraverso ad essi; solo possiamo concepire che tali fondi possano sfruttare l'acqua stessa per concessione del fondo dominante, e, se vogliamo, fino ad un certo punto, indipendentemente anche dal fatto di essere attraversati dall'acqua, o in dipendenza di un tal fatto solo in quanto per esso si renda più facile il materiale *haustus;* tanto è ciò vero, che l'ipotesi di AFRICANO si estende anche a qualsivoglia altro fondo vicino, attraverso al quale l'acquedotto non passi. Quindi la risposta che i fondi, ai quali si vorrebbe far copia dell'acqua, non possono servirsene perchè altrimenti di servienti sarebbero convertiti in dominanti, è solo parziale e non comprende il caso della *cessio haustus alii vicino:* tanto è ciò vero, che lo stesso AFRICANO ha dato una spiegazione diversa, ed ha desunto precisamente la ragione del divieto da ciò che, trattandosi di una servitù imposta su di una servitù, essa cessi perchè una servitù non può essere sottoposta ad un *fructus: fructus servitutis esse non potest,* cioè non è ammesso sopra il contenuto di una servitù il semplice diritto di fruirne, intendendo il significato della figura del *fructus* al modo dei romani come la risultante dalla sottrazione dell'uso dall'usufrutto, ossia come la semplice percezione di una data quantità di frutti dalla cosa che li produce. Però AFRICANO eccettua il caso d'un

Digitized by Google

patto esplicito che sia intervenuto evidentemente col concorso anche del proprietario del fondo serviente: perchè in tal caso la servitù, per il modo stesso come si sarebbe costituita, ammetterebbe più fondi dominanti ed anche più rapporti di servitù reciproche almeno in parte, giusta quella delle due ipotesi la quale parte dal supposto che siano utenti dell'acqua i fondi attraverso i quali passa la condotta. Ma, come si vede, in questo caso non si avrebbe abuso di sorta e tutto sarebbe in regola col titolo di costituzione della servitù. Stando dunque al testo, l'attinger che fa il proprietario del fondo attraversato l'acqua della condotta, certamente per una parte della sua massa, è un semplice sfruttamento della servitù; però siccome la servitù non dà frutti, perchè è il fondo serviente che dà frutti per la sua natura organica che rende necessaria la costituzione e lo sviluppo giuridico di una serie di rapporti per l'appropriazione dei frutti stessi, è evidente che questa appropriazione d'acqua non possa considerarsi quale un'appropriazione di frutti e come tale permettersi, ma debba bensì considerarsi come un esercizio abusivo di servitù, distraendola dal proprio servigio secondo la destinazione del fondo dominante o rendendola più gravosa. È appunto questo maggiore aggravio che sembra sfuggito all'acume dei commentatori.

Il proprietario del fondo dominante non si contenterebbe di ricavare dall'acquedotto quel servigio ch'è necessario al proprio fondo, ma vorrebbe anche lucrarci sopra accordandolo, a mo' d'esempio, durante il transito, come forza motrice per un molino. Ma la posizione dell'aggravio risulta non da questa ipotesi (nella quale può apparire piuttosto una distrazione di destinazione oppure una speculazione estranea allo scopo del contratto di servitù come fu intesa tra le parti che la costituirono), bensì dall'ipotesi del passaggio; ed allora è la legge del minimo mezzo che reclama il suo adempimento nell'attuazione del diritto limitativo della pienezza della proprietà. Se io ho diritto a passare attraverso il fondo del vicino, in considerazione dei bisogni del mio fondo e della utilizzazione di esso secondo la sua destinazione, non posso esser liberale di queste mie facoltà ad altri vicini, i quali (notisi che qui si tratta non di passo necessario, ma di passo convenzionale)

Digitized by Google

non acquistarono come avrebbero potuto un diritto siffatto da chi poteva concederlo, ossia dal proprietario del fondo serviente, ma credettero più opportuno acquistarlo forse a migliori patti, ma sempre illegalmente ed invalidamente, da chi non poteva disporre che per sè e per il proprio fondo del contenuto del diritto stesso. Ammessa una tale subconcessione, evidentemente è scosso il concetto del diritto reale in genere, ma molto più del diritto reale di servitù in ispecie. Non conviene dimenticare infatti che il carattere speciale giuridico al nostro istituto è dato dal concetto economico dell'utilità ossia del beneficio che si ricava dalla servitù prediale in ordine alla sua istituzione e dipendentemente dall'istituzione stessa. AFRICANO insomma intende che la servitù possa essere sottoposta all'*usus*, il quale è di per sè indivisibile, e non al *fructus*, vale a dire allo sfruttamento economico, ch'è personale; mentre l'*usus*, combinato coll'indole della servitù, non ne guasta l'indole reale. Il legato di acquedotto attivo non può farsi, perchè il legato è una particella che si distacca dall'eredità, mentre la servitù non può distaccarsi dal fondo dominante per la sua cosiddetta qualità (è un modo di esprimersi che pel momento noi possiamo accettare) d'indivisibile e inalienabile se non si aliena il fondo stesso cui serve: nè per atto tra vivi si può alienare l'esercizio (*usus*) d'una servitù, perchè la servitù è suscettibile di *usus* e non di *fructus* e l'*usus* (come si sa) è inalienabile.

Le due soluzioni, quella di PAOLO e l'altra di AFRICANO, non sono poi in contraddizione tra di loro: appunto perchè la servitù non costituisce un'entità patrimoniale fisicamente e giuridicamente distaccata o suscettibile di distacco dal fondo dominante, essa non può formare oggetto di un legato ossia di un distacco dal fondo dominante stesso e di una individuazione propria; ed, appunto perchè non può considerarsi come distaccata dal fondo dominante e costituita come individualità a sè, non può dar luogo ad uno sfruttamento individuale proprio, oppure ad una diminuzione di contenuto a favore di un fondo diverso da quello che per contratto deve avere il dominio della servitù. Insomma l'espressione *fructus servitutis esse non potest* risponde all'impossibilità che un'appropriazione della materia costituente il contenuto

Digitized by Google

della servitù possa aver luogo all'infuori di un rapporto obbligatorio e per diritto di servitù personale: il che significa per l'appunto concludere che *servitus servitutis esse non potest*, perchè il *fructus* è una servitù personale e una servitù personale non può costituirsi sopra una servitù reale. Nulla divietava a PAOLO certamente di generalizzare il principio *fructus servitutis esse non potest* nell'altro principio *servitus servitutis esse non potest:* tanto più che, riguardando in pratica la configurazione della *servitus servitutis*, essa non potrebbe ritenersi altrimenti possibile, fuorchè riconoscendo che la servitù sopraggiunta dovesse essere una servitù personale e non reale. Quando l'assurdità è evidente non è il caso di fermarsi a rilevarla: ma appunto era necessario dimostrarla trattandosi di un semplice *usus*, qual'è quello che suppone PAOLO e quello che suppone lo stesso AFRICANO, facendo l'ipotesi che anche a proprietari di fondi diversi dagli attraversati si dia il diritto di servirsi dell'acquedotto. L'*usus*, servitù personale, potrebbe facilmente confondersi coll'uso effetto di una semplice obbligazione personale: e questo premeva appunto ai due giureconsulti di tenere bene in evidenza, allo scopo di evitare equivoci di qualsivoglia sorta.

Dunque, in fin dei conti, tra il responso di PAOLO e quello di AFRICANO, anche presi alla lettera, non v'è poi una contraddizione sensibile: sia perchè *servitus servitutis* si deve intendere sopratutto nell'unico senso di ragionevole dubbio, relativamente alle servitù prediali; sia anche perchè, inteso anche genericamente, non stuona, anzi si estende così al caso di dubbio ragionevole come al caso di dubbio irragionevole, così all'ipotesi di soluzione evidente come all'ipotesi di soluzione controvertibile. Non ci dissimuliamo che probabilmente i giureconsulti romani furono anche lontani da queste sottigliezze, che noi moderni facciamo, perchè, dal nostro stesso ambiente di studi e dai mezzi che la moderna critica delle interpolazioni pose a nostra disposizione, siamo tratti quasi naturalmente a cavillare. Quando i più giovani avranno condotto a maturità quella salutare reazione che a questo proposito si è già cominciata ad iniziare dai più maturi tra i cultori del romano diritto, noi potremo procedere più sbri-

Digitized by Google

gliati da pastoie di vani sofismi ed avviarci, dopo tanta copia di analisi, ad una sintesi ben sicura e chiarissima. Per ora, su questa via, noi non possiamo constatare altro tentativo, da quello infuori dell'illustre BUONAMICI, il quale, chiamato dalla lodevole curiosità dei suoi discepoli a spiegare nell'ateneo pisano la regola — *servitus servitutis esse non potest*, — sullo scorcio dell'anno accademico 1897-98, vi adempiè da par suo, giungendo a dimostrare che la regola stessa è romana di origine e di natura, antica classica e giustinianea, e che non si può in verun modo rifiutare, siccome quella che rappresenta una regola positiva dei nostri testi. I moderni, come osserva il BUONAMICI, ritengono che i giureconsulti romani non avrebbero mai potuto adottare quella regola, che sarebbe penetrata nella scuola per errore, bensì soltanto l'altra — *fructus servitutis constitui non potest* —; ma l'espressione *servitus servitutis* non è meno romana perchè *servitutis* non sia genitivo di appartenenza a *servitus*, poichè le grammatiche accreditate dello ZUMPT e del MADWIG e gli stessi dubbi del BRUGI e dell'ARNÒ (benchè questi autori propendano ad ingrossare la scuola di SCIALOIA, di PEROZZI e di LENEL), rendono la costruzione plausibile e punto sospetta. Quanto al domma, il BUONAMICI segue l'indirizzo del FADDA e muove perciò dal principio dell'assoluta inalienabilità delle servitù, o che si tratti di alienazione totale o di alienazione parziale (partecipazione ai vantaggi del fondo dominante); appunto perchè la servitù è un tutto uno di cui non è ammessa la scissione in parti. Data la parziale come la totale inalienabilità della servitù sotto qualsivoglia forma (ed anche quindi in forma di legato), chiaramente si viene alla conclusione che servitù di servitù non vi può essere: ciò che non toglie potersi in via eccezionale ammettere l'obbligazione personale sul contenuto d'una servitù o su parte di esso contenuto, a mezzo di patti speciali. La concessione d'un uso personale si vede nell'*haustus ex rivo*, che si può accordare dal titolare della servitù anche ai terzi con patto speciale che non dà luogo ad una nuova servitù, ma soltanto ad un'obbligazione personale, per un vantaggio transitorio concesso ad altre persone ed anche in ragione di altri fondi: senza violare con questo il principio — *servitus servitutis esse non potest* —.

Digitized by Google

Del resto, l'applicazione della regola ai soli casi d'*iter* e di *aquaeductus* non esclude che la regola stessa si debba e si possa applicare a qualunque altro caso di servitù: appunto perchè le eccezioni pratiche ammesse per queste servitù in favore di un *ius transeundi personale* e di un *usus aquae personalis* pongono in maggior rilievo la struttura dell'istituto e la portata delle sue eccezioni (1).

Noi accettiamo quasi intieramente, e senza dubbio nella sua struttura, questa ricostruzione dommatica del BUONAMICI:

---

(1) Giustamente il BUONAMICI, associandosi a FERDINANDO BIANCHI ritiene che anche per diritto nostro sia vietata la partecipazione ad altri fondi della servitù prediale dovuta ad un fondo diverso; ma che tuttavia possono essere ammesse delle convenzioni da cui derivano semplici diritti di credito e non servitù, senza derogare nè all'inalienabilità delle servitù nè al principio *servitus servitutis esse non potest*. Anche noi riconosciamo l'esattezza di questa opinione: soltanto osserviamo, che, se più non ne sono i seguaci, ciò si deve a due grandi ostacoli, che agiscono come cause perturbatrici sul terreno della mutua intesa. Primo ostacolo è il concetto economico della servitù, dal punto di vista della sua utilità in rapporto alla causa della costituzione. Se io proprietario del fondo dominante ho acquistato per il mio fondo stesso la servitù attiva su di una data massa d'acqua proveniente dal fondo vicino, ciò significa che sin dapprincipio riconobbi che questa stessa quantità d'acqua era necessaria alla coltivazione del mio fondo, ovvero alle industrie e agli scopi accessori, ovvero all'agricoltura e a questi accessori insieme. Or come posso d'un tratto privare il mio fondo di questi vantaggi per mercanteggiare dell'acqua con terzi oppure per mostrarmi ad essi liberale dell'acqua stessa? Si risponde che trattasi evidentemente di acqua che ad un dato momento costituisce il sopravanzo sui bisogni del mio fondo; e che questo cambiamento non deve far meraviglia, essendo il concetto di utilità essenzialmente relativo e quindi anche mutevole da tempo a tempo. Un'altra obbiezione potrebbe essere suggerita dalla natura ibrida di un *ius* od *usus personalis*, perchè questa possibilità di creare su di una cosa dei semplici diritti personali sia stata causa e sia conseguenza di quella strana quanto fantastica ridda di limitazioni al diritto di proprietà introdotte nell'evo medio in forza di altrettanti abusi dei quali anche oggi risentiamo gli effetti e lamentiamo gli strascichi. A quest'altra obbiezione si risponde che per rispettare questi timori possiamo limitarci ad eliminare il concetto di *usus*, sostituendovi sempre il concetto generico dello *ius*; e che, trattandosi di concessioni transitorie ed occasionali, l'abuso non è punto da temersi, nè la successione o trasmissione illimitata del diritto stesso.

Digitized by Google

solo ci permettiamo di aggiungere che il giureconsulto AFRICANO fermò la sua attenzione ad escludere non la *servitus servitutis* in genere, ma più specialmente il *fructus servitutis*, appunto per togliere l'equivoco che il diritto meramente personale accordato al terzo, anzichè un semplice diritto obbligatorio, fosse un diritto reale di *usus*, ossia un diritto di servitù personale *in rem* e non un diritto personale obbligatorio mero e semplice. Il perchè, essendo la parola *usus* nel senso tecnico speciale applicabile non a qualsivoglia concessione anche precaria, accordata ad una persona, ma ad una servitù caratteristica equivalente al pieno *usus-fructus* diminuito della parte fruttuaria, il giureconsulto volle escludere pensatamente la servitù personale (dappoichè, come notammo, di servitù reale non sarebbe stato il caso di dubitare) e lasciare in campo l'ipotesi di un puro diritto personale obbligatorio, non avente nulla di comune colla servitù personale, almeno dal punto di vista giuridico. Dalle componenti *fructus servitutis* e più specialmente *fructus itineris* o *fructus aquae* da un canto e *iter itineris* od *aqua aquae* procede una risultante unica : *servitus servitutis*. Riconosciuto inammissibile un *fructus itineris* ed un *iter itineris* ovvero un *fructus aquae* ed una *aqua aquae* è naturale che la risultante *servitus servitutis* in generale non poteva presentare un grado qualsiasi di attendibilità e doveva escludersi in forza di una norma generale e sicura. Quindi per noi *servitus servitutis* non è che il genere e *fructus servitutis* non è che la specie: ma noi appunto, per mantenerci fedeli a questa specificazione del diritto romano e all'intenzione di essa (tanto più in quanto non fummo alieni dal concedere che la riserva finale del frammento di AFRICANO — *nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est* — possa riferirsi ad un patto speciale da cui possa sorgere un'obbligazione semplice, anzichè una vera e propria servitù, come ci piacque meglio tradurre : poichè o in un senso o nell'altro il nostro ragionamento fondamentale corre del pari), faremo bene a sostituire e al *fructus* e all'*usus* un semplice *ius*, evitando così ogni equivoco di servitù personali. E che il *fructus itineris* o *riae* non sia ammissibile è dichiarato anche a tutta prima da ciò, che nè l'*iter*, nè la *via* dànno *fructus* e quindi

Digitized by Google

nè l'uno nè l'altra possono essere materia di servitù personale: essi non costituiscono che altrettante strumentalità della cosa serviente, altrettanti mezzi per i quali una cosa può divenire utile ad un'altra cosa per ragioni territoriali e senza per questo perdere sostanza o vitalità propria, o perdendo sostanza solo in forma o quantità insignificante per la destinazione sua. La servitù non è cosa che esista in natura di per sè: essa è effetto di destinazione che gli uomini dànno alle loro proprietà fondiarie, nei rapporti tra un fondo e l'altro, per l'integrazione della rispettiva potenza produttiva e della rispettiva utilizzazione. Non produce frutti perchè non è cosa corporale, ma è un diritto corporalmente assorbito nei fondi che fruttificano e di cui in senso figurato possono ritenersi i frutti: talchè, se appunto la servitù è un frutto del fondo dominante o un frutto che il fondo dominante trova nel serviente e si appropria, questo appunto esclude che a sua volta possa ulteriormente fruttificare o per l'uno o per l'altro di essi fondi o per entrambi quelli. Laonde, se pure potesse ammettersi il principio — *servitus servitutis esse non potest* —, questo principio non potrebbe riferirsi mai al contenuto d'una servitù personale. Ma potrebbe forse avere per oggetto il contenuto d'una servitù reale? Abbiamo detto che no, ed ora è il momento di chiarire quanto fu esposto sotto forma assiomatica, perchè appunto la spiegazione di questa risposta non si deve proprio ricercare nell'ordine economico, ma nell'ordine giuridico. Nell'ordine economico nulla vieta che un'attività economica qualsivoglia di una cosa possa essere per convenzione accomunata ad altre persone e ad altre cose: perocchè accanto all'affitto abbiamo il subaffitto, accanto al dominio diretto il dominio utile. Nell'ordine giuridico invece la causa dei contratti agisce come limitatrice delle facoltà che dai contratti stessi promanano; e nella nostra ipotesi appunto la causa limitatrice del rapporto di servitù sta in ciò che, essendo la servitù stessa una limitazione del diritto di proprietà, essa vuol essere ristretta nei limiti del puro necessario in rapporto allo scopo pel quale venne costituita e non può essere costituita che nei limiti della necessità relativa e non per procurare al fondo dominante una sovrautilità commerciabile, come oggetto di speculazione con

Digitized by Google

terzi. Quel tanto dell'utilità del fondo serviente che a un dato momento eccedesse i bisogni del fondo serviente, discretamente valutati, sarebbe fuori del campo della servitù: interpretando bene il contratto, si vedrebbe che questo tanto che eccedesse i bisogni del fondo dominante sarebbe più veramente stato costituito a beneficio della persona del proprietario del fondo dominante medesimo in forma specialmente e direttamente obbligatoria e non in forma reale. Ciò diciamo non solo per la quantità ma anche per l'intensità del contenuto d'una servitù. Per la quantità, come, p. es., in ordine alla massa d'acqua che si conduce da un fondo all'altro: allorchè una tale quantità d'acqua eccede, secondo la scienza e coscienza dei contraenti, ogni bisogno del proprietario del fondo serviente, fino ad essere permesso che una tale acqua esca dal fondo per essere utilizzata da altri fondi o da persone diverse dalla persona del proprietario del fondo dominante (in quanto quest'uso fosse riconnesso all'utilizzazione del fondo stesso, perchè altrimenti se non si trattasse che di fornire acqua per gli usi della persona, si ricadrebbe sotto una forma di servitù personale), fino ad essere permesso che il proprietario del fondo dominante ne faccia copia o mercato ad altri fondi; in tal caso dovrebbe dirsi che almeno per questo eccesso non si tratterebbe di servitù prediale. Per l'intensità poi del contenuto della servitù nel senso che, se per esempio io ho facoltà di far passare anche altri per l'*iter* che mi è concesso a titolo di servitù sul fondo del vicino, certo io vengo ad aggravare l'onere della servitù imposta al vicino stesso: che se questa facoltà mi viene da contratto, in tal caso converrà dire che entrambe le parti d'accordo, io e il proprietario del fondo serviente, abbiamo voluto costituire accanto alla servitù anche un'obbligazione personale, che rappresenti per me una pura e semplice speculazione.

65. In un certo senso è quindi esattissimo il dire che l'utilità la quale dal fondo dominante si risente per effetto della servitù, non deve uscire fuori di esso direttamente e non può uscirvene che indirettamente, cioè sotto forma di ricchezza economicamente trasformata. La *servitus aquae* che io acquisto dal fondo vicino per inaffiare il mio orto

Digitized by Google

non può uscire dal mio orto stesso per recarsi sul fondo di un vicino se non sotto forma di rifiuto e a solo scopo di scolo (locchè non guasta l'esattezza del principio), oppure coi prodotti, cioè cogli ortaggi, che colla sua azione ha contribuito a vivificare. Conveniamo anche noi che non convenga esser bigotti del principio della utilità nella servitù prediale; e parlandone in modo speciale, ci venne fatto di rilevare quale e quanta dose di cautele debba ispirarci nella pratica applicazione del principio relativo, quantunque esso costituisca quasi, diremo, la speranza di un felice connubio tra l'economia e il diritto e la chiave delle più utili ricerche in tutto ciò che attiene a diritti patrimoniali. Il rapporto di servitù tra fondi è un rapporto che esce fuor dall'ordinario dei diritti patrimoniali; esso è un rapporto che attiene ad una sistemazione territoriale che in parte ha le sue necessità ed in parte non può imporsi alla destinazione volontaria dei proprietari dei fondi, in quanto per lo appunto di una tale destinazione è esso la causa determinante. Ma purtroppo l'indole stessa dei nostri studi ci trae, fuor dello spirito che vivifica, nella lettera che uccide. Il confronto tra il richiamato frammento di PAOLO e quello pur richiamato di AFRICANO dette luogo ad una serie di dubbi e di controversie, nelle quali spicca più il lavoro di cesello che vero e proprio desiderio di vedute originali, specialmente nei moderni. Una scuola più antica di commentatori che fa capo al FABER e alla quale vuole ascriversi il GLÜCK, dette la preferenza al principio di PAOLO — *servitus servitutis esse non potest* — perchè gli sembrò più semplice e di applicazione più sicura; per la qual cosa volle convertire in *servitus* la parola *fructus* che si legge nel frammento di AFRICANO. I più moderni che credettero di accedere a questa opinione furono però quasi tutti timorosi di esporsi alle accuse di una critica audacemente rigogliosa che da qualche tempo sottopone a minuta censura le opinioni più generalmente accettate; e vi fu persino chi giunse ad insinuare che la regola — *servitus servitutis esse non potest* — fosse una regola tradizionale tramandata dai *veteres* e accolta dai giureconsulti classici come domma, senza sottoporla ad una vera e propria analisi logica e storica: e ciò pur rendendole omaggio e seguendola fedel-

Digitized by Google

mente. Vi fu chi sognò anche d'interpretazione pretoria che la regola *servitus servitutis* avrebbe dovuto subire per convertirsi nell'altra *fructus servitutis*, ecc. Ogni tanto però faceva capolino un'interpretazione con tendenze razionali: e ve ne fu una anzi addirittura filosofica, fondata sul concetto di qualità; per cui, ritenendosi la servitù siccome una qualità del fondo, si vide impossibile, per quanto impossibile secondo le stesse teorie aristoteliche, una qualità di qualità. Altri, più moderni, tradussero questo ragionamento nell'altro più agevole che non è data limitazione di una limitazione al diritto di proprietà e che ad ogni modo una limitazione siffatta non potrebbe essere concessa se non dal proprietario del fondo serviente. Altri disse che come diritto reale la servitù non potesse riguardare una cosa incorporea, quale la servitù su di un fondo, la quale non ha corpo di per sè, indipendentemente dal fondo al quale si riferisce, ma solo può considerarsi corporea quando si consideri nel fondo che domina o nel fondo che serve e come immedesimata all'uno o all'altro di detti fondi. Vi fu infine chi volle tener fermo il principio dell'inalienabilità delle servitù prediali; ed eccoci già pervenuti al concetto della utilità limitata allo scambio dei servigi unicamente tra i due fondi posti tra loro in rapporto di servitù.

L'*haustus ex rivo*, cioè dal canale costituente l'acquedotto, non sarebbe già l'alienazione dell'*aquaeductus* anteriormente acquistato, ma sarebbe una modalità nella costituzione dell'*aquaeductus* medesimo all'atto della sua costituzione e a favore dei fondi servienti. Però, convien notare secondo noi che il concetto del *modus*, per quanto è agevole trattandosi di *haustus* concesso ai fondi attraversati dal *rivus*, altrettanto è meno agevole allorchè si tratta invece di fondi pei quali il *rivus* non passa e ai quali nondimeno, secondo il frammento di AFRICANO, può estendersi il beneficio dell'*haustus*; poichè è *modus* tutto ciò che può comprendersi nell'indole della contrattazione di cui si tratta e non ciò che ne esorbita e fa entrare in campo altro fondo od altri fondi, diversi da quelli tra i quali il rapporto fondamentale di servitù è istituito. Allora convien ricorrere non ad un *modus*, ma ad un rapporto complesso di servitù: eppure il giureconsulto

Digitized by Google

non distingue tra questo caso e l'altro in cui l'*haustus* sia dato ai fondi servienti, cioè ai fondi attraversati dal *rivus*; perciò per le due ipotesi è d'uopo attenersi ad una medesima soluzione e formare una costruzione sola. Oltre a ciò AFRICANO non dice punto, a rigore, quel che gli fa dire lo SCIALOIA, cioè che la cessione dell'*haustus* sia stata fatta nell'atto stesso della costituzione della servitù, piuttostochè in un atto posteriore: ed è anche da notarsi che in tanto si urta coll'ostacolo dell'inalienabilità, in quanto la natura stessa della servitù porta con sè l'ostacolo a che essa sia oggetto di altra servitù. L'inalienabilità è nell'indole della servitù: è una faccia, un aspetto, una configurazione, una manifestazione, una determinazione della servitù stessa, in rapporto colla sua causa e col suo fine e col suo ufficio nell'economia della ricchezza. Ecco un caso in cui l'eccessivo studio di una critica riflessa porta lungi dal vero e dalla moderazione: noi sentiamo il bisogno di riassumere, di semplificare e magari di tornare indietro, verso le meravigliose costruzioni sintetiche dei nostri classici dottori e commentatori, abbiamo bisogno di respirare a pieni polmoni e non di restringerci nell'atmosfera satura e viziata dall'ipercritica vaneggiante; altrimenti gli studi del diritto romano verranno in odio persino ai più volenterosi. Il vero è che, se i giureconsulti romani riconobbero la regola fissata da PAOLO, la riconobbero e per necessità logica e per necessità pratica, non già per sole ragioni scientifiche; poichè noi ben conosciamo da tutto l'insieme come nelle dottrine dei giureconsulti romani predominasse lo spirito pratico.

Nondimeno le peripezie della massima attribuita a PAOLO — *servitus servitutis esse non potest* — in omaggio, come si credette di renderlo, all'altra regola — *fructus servitutis esse non potest* — non finirono qui. Nelle sue *Istituzioni di diritto romano* (Firenze, Barbèra, 1896, § 100) il BONFANTE, senza nè tampoco curarsi di dimostrare la sua asserzione e solo richiamando l'opinione del PEROZZI, asserì, invero troppo comodamente, che la regola suddetta è falsa e che alla espressione *servitus servitutis* deve sostituirsi l'altra *fructus servitutis*. È meglio dunque occuparsi senz'altro direttamente dell'opinione del PEROZZI e di quella dello SCIALOIA che ultimamente

Digitized by Google

vi faceva adesione (1). Lo scambio tra la parola *fructus* e la parola *servitus*, secondo quest'ultimo scrittore, sarebbe stato materialmente possibile nei libri sabiniani di PAOLO, allorchè furono copiati anteriormente alla compilazione giustinianea, che si legge con *servitus* in tutti i manoscritti e ch'è stata riprodotta fedelmente con *servitus* anche nei Basilici, 44, 5, 1. Eppure è dottrina generale dei critici che, quando la lezione fiorentina coincide col testo dei Basilici, vi è una forte presunzione di autenticità! Ma supponiamo anche che questo sia un pregiudizio e che si debba procedere senza alcun riguardo alla concordanza dei testi. Quale argomento in sostanza, dal punto di vista, diremo così, scritturale, si adduce per dimostrare, sia pure in analogia colla scritturazione della formula fabiana, che *fructus* sia stato scambiato in *servitus?* Il manoscritto fiorentino e l'originale della versione greca disterebbero per più di una generazione di codici: quindi un errore incorso in un manoscritto fonte comune del fiorentino e della traduzione greca dei Basilici potrebbe esser riprodotto e dall'uno e dall'altra, specialmente se si vuol tener ferma l'origine ravennate del manoscritto fiorentino stesso. Ora una delle due, diciamo noi: o l'incongruenza o l'inesattezza della massima *servitus servitutis*, ecc. è tale da autorizzarci a qualsivoglia più irriverente od anche e soltanto strana e azzardata ipotesi di errori. Ma se, come dimostrammo, addirittura una tale incongruenza o assurdità pretesa non si verifica, chiaro apparisce che ci vogliono delle ragioni sostanziali per pensare soltanto all'opportunità di violare in qualsivoglia modo il testo della lezione fiorentina. Del resto, non vi è neppure una ragione linguistica per ritenere che in questa pretesa e non determinata nè determinabile generazione di codici manoscritti faccia discernere una costruzione falsa e dovuta ai bassi tempi: e lo abbiamo visto, ritenendo ben posto, grammaticalmente parlando, il genitivo oggettivo. Il PEROZZI invece anzitutto insiste su questa pretesa improprietà; e anzi sostiene che,

(1) *Fructus servitutis esse non potest* (*Bollettino dell'istituto di diritto romano*, VI, p. 1-36). A questa monografia del PEROZZI fa seguito una nota illustrativa dello SCIALOIA, ivi stesso, pag. 37 e 38.

Digitized by Google

per il sospetto d'interpolazione onde possono attaccarsi le ll. 6, § 1 *b*, Dig. 8, 6, e 20, § 1, Dig. 41, 1, e per l'analogia desunta dalla l. 31, Dig. 8, 3, il genitivo può anche intendersi soggettivamente. Quindi l'espressione controversa avrebbe un senso ambiguo: essa potrebbe significare tanto *non può esistere servitù su servitù*, quanto *non può esistere servitù a favore di servitù*. Oltre a ciò, se la costruzione di *servitus servitutis* avesse dovuto pei romani suonare di conformità a *servitus fundi* (per es. *servitutes praediorum, personarum, rerum*), l'espressione di PAOLO si dovrebbe poter tradurre in questo secondo modo, ossia in una proposizione giuridicamente insensata. Ma questa illazione è falsa; perchè pur si sa che nel linguaggio dei romani una sola espressione o costruzione sovente poteva avere parecchie applicazioni con significati diversi, senza che perciò tutti i significati si fossero dovuti in ogni caso contemporaneamente applicare, ma applicandosi appunto ora l'uno ed ora l'altro a seconda del comportamento del periodo o del discorso. Non si può dunque pretendere che l'inapplicabilità di uno tra due o più significati attribuibili ad una costruzione sintattica conduca a questo, di ritenere come sbagliata o alterata la parola sul cui uso cade la questione, allorquando pure uno di questi vari significati non trovi applicazione comodamente.

La critica si acuisce tuttavia sulla pretesa improprietà dell'espressione *servitus servitutis*. Il PEROZZI pretende, che, se si fosse voluta esprimere la contrastata regola nella forma abituale della terminologia romana, si sarebbe dovuto dire — *servitus servitutem debere non potest, servitus servituti imponi non potest*, ecc. — poichè non si dice mai — *rei suae servitus non est*, nè si dice *servitus fundi, praedii*. A lui si può peraltro rispondere che il linguaggio romano non è poi così povero, da doversi ritenere che un concetto si esprimesse sempre in una maniera; fino al punto da giudicare interpolata un'espressione consimile contenente il genitivo al singolare anzichè al plurale. Ma la regola di cui si tratta, aggiunge lo stesso critico, è espressa in un modo, che, presa letteralmente, non se ne può determinare il senso con sufficiente chiarezza: perciocchè, presa così come suona, la regola non avrebbe un vero contenuto legislativo, ma piut-

Digitized by Google

tosto un contenuto diretto ad una costruzione teorica o dommatica, in contrapposto con le altre regole che concernono la materia delle servitù. La regola direbbe che non si può concepire una servitù sopra un'altra servitù; ma non direbbe nulla « su ciò che un titolare di una servitù può fare rispetto ai vantaggi che trae dalla servitù ». Tornando tuttavia alla risoluzione data da PAOLO col frammento ove trovasi la controversa regola, noi vediamo che il giureconsulto esclude il legato di uso o di usufrutto su di un *iter*, su di un *actus*, su di una *via*, su di un *aquaeductus*: ossia dice chiaramente ciò che il titolare della servitù non può fare rispetto ai vantaggi che ne trae, appunto perchè non può trarne il vantaggio di costituirvi sopra un legato di uso o di usufrutto nè una servitù in genere; e per questo il relativo frammento è stato collocato entro uno dei tre libri del Digesto che si riferiscono ai legati e non sotto uno qualsivoglia dei titoli sotto i quali si raccolsero le disposizioni relative alle servitù. Del resto, se il ragionamento di PAOLO non ad altro conducesse fuorchè a farci ritenere con ogni sicurezza che una servitù non può formare oggetto di altra servitù, questo basterebbe assolutamente a deporre dell'importanza e dell'opportunità teorica di fissare bene il concetto di servitù e di per sè e nei rapporti con la proprietà. Ancora si obbietta che la regola in parola nega la possibilità di una figura giuridica di cui presso i romani mancava del tutto l'idea che potesse esistere: ed è strano che si neghi la possibilità di una cosa, quando manca affatto l'idea che quella cosa possa essere. In tutto il diritto romano non si troverebbe traccia della sovrapposizione di un diritto sopra un altro: quanto poi alle servitù prediali tanto più doveva ritenersi infondato il dubbio, inquantochè nelle fonti la servitù prediale è chiaramente presentata come un diritto spettante ad un fondo e sopra un fondo. Ma è proprio vero che in tutto il diritto romano non si trova traccia di un diritto sopra un diritto? Noi crediamo non sia assolutamente necessario di porre la questione su questo speciale senso tecnico; ci sembra piuttosto sia il caso di ricercare se ed in quanto sia ammessa la contemporaneità o la concorrenza di più diritti reali su di una medesima cosa, e specialmente di più diritti reali di

Digitized by Google

natura affine. La questione può benissimo arrestarsi a questo punto: la costruzione del concetto di servitù non esige di più, perciocchè, essendo evidente la non-cedibilità del servizio fondiario tutto intiero, può soltanto concepirsi che questo servizio possa essere ceduto o comunicato da un fondo all'altro parzialmente: insomma il dubbio può cadere nella costituzione di un diritto reale maggiore sopra un diritto reale minore, economicamente parlando; o che il diritto che si forma per la cessione abbia la stessa natura economico-giuridica e si presenti sotto le medesime forme di sfruttamento del diritto maggiore dal quale in certo modo si stacca, o che il diritto stesso abbia un contenuto diverso od una minore potenzialità o quantità di contenuto. Poco importa, a mo' d'esempio, che il possesso abbia un nome ed una costruzione giuridica diversa dal nome e dalla costruzione giuridica della proprietà: il fatto è che possesso e proprietà possono coesistere sulla medesima cosa con facoltà pratiche differenti, con diversa entità economica. Così dicasi nell'ipotesi dell'enfiteusi che suppone l'esistenza di due dominî: il diretto e l'utile. Qui anzi, prescindendo dal contenuto oggettivo dei rispettivi diritti, si potrebbe notare che si tratta proprio di un diritto sopra un altro diritto, di un dominio sopra un altro dominio: il perchè è proprio indispensabile che si esamini indipendentemente da ogni preconcetto teorico il contenuto oggettivo del diritto che si vorrebbe sostituire, in confronto del contenuto oggettivo del diritto sul quale si tratterebbe di costituirlo. Io ho la facoltà di attingere acqua per i bisogni del mio fondo sul fondo del vicino, e questa figura economica si rivela in forma giuridica mediante la costituzione di una servitù: che cosa vi è di strano che su parte di questa utilità io costituisca un'utilità consimile, anzi (in ipotesi) minore di quella che ho io, a favore di un altro fondo vicino al mio e al fondo che mi serve? O non potrei vedere quasi una specie di dominio utile sul contenuto oggettivo della servitù, per la quale riservo a me soltanto il dominio diretto? Non è dunque la parola, la formola che potrebbe farci difetto: ad ogni modo è tempo di smettere le esagerazioni della tecnica che si vorrebbero spingere sino alla creazione di un formalismo vano, ed è forza

Digitized by Google

convincersi che ogni ricostruzione oggettiva vuol essere fatta in base al contenuto pratico di ciascun diritto reale e che ricostruzioni serie non se ne possono fare senza avere occhio all'oggetto di ciascun diritto e al complesso delle facoltà che nel diritto stesso trovano la loro pratica manifestazione od attuazione. Quando pure i romani non avessero potuto enunciare il dubbio, che altro è quell'*esse non potest* se non la dichiarazione appunto dell'impossibilità di concepire o di ammettere la figura; e che cosa ci trattiene dall'interpretare quell'espressione come rispondente alla impossibilità di concepire anzichè semplicemente all'impossibilità di ammettere? È cosa seria attaccarsi a queste meschine logomachie per correggere un testo della lezione fiorentina che trova riscontro nei Basilici? Si aggiunge l'argomento che l'espressione *servitus servitutis* del frammento di PAOLO si trovi collocata sotto la materia ereditaria e non in modo speciale sotto la materia delle servitù, alla quale per contrario appartiene il frammento di AFRICANO. Ma noi sappiamo che il collocamento dei frammenti sotto uno od altro titolo, siccome opera esclusivamente tribonianea, non ha valore dimostrativo; e però, se pure si volesse avvisare a desumere qualche argomento dall'intestazione del trattato, se mai dovrebbe badarsi al titolo dell'opera del giureconsulto da cui i compilatori stessi hanno creduto di trovare i frammenti utilizzati per i titoli più disparati del Digesto. Le più volte, condotto l'argomento su questo campo, esso non approderebbe a nulla: lo che prova quanto sia in sè stesso fallace e inconcludente.

Invece possono colpirci in un certo modo le argomentazioni che il PEROZZI espone per dimostrare la sostanziale bontà ed esattezza dell'espressione *fructus servitutis*, prendendo *fructus* come equivalente ad *ususfructus:* mentre in *servitus servitutis* la parola *servitus* dovrebbe significare servitù prediale e personale e la parola *servitutis* soltanto la servitù prediale e non la personale. Ma chi ha detto che la regola si debba così impicciolire, e che invece il giureconsulto non abbia voluto darle un'estensione generalissima, tanto di servitù personale su servitù reale, quanto di servitù reale su servitù personale, quanto di servitù personale su servitù personale o di servitù reale su servitù reale? La

Digitized by Google

generalizzazione completa e amplissima non è punto ostacolata dal caso speciale fatto dal giureconsulto, perchè le *regulae iuris* non sono quelle soltanto che risultano dal titolo relativo del Digesto, ma si trovano qualche volta anche incastrate qua e là nel contesto delle disposizioni speciali. La esclusione dell'applicazione del senatoconsulto sul quasi-usufrutto, posta come conferma e quasi suggello della dimostrazione, risulta appunto dall'osservazione che la servitù non è *neque in bonis neque ex bonis:* la qual cosa, come si vede, non ha punto di che cozzare coll'espressione *servitus servitutis* perchè è un rincalzo del principio *servitus servitutis esse non potest.* Se invece il giureconsulto avesse detto *fructus servitutis esse non potest,* e per dichiarare questa regola avesse voluto dissipare la difficoltà derivante dal senatoconsulto, avrebbe dovuto dare un'altra costruzione al periodo, o anzi (e questo sarebbe stato meglio), avrebbe dovuto sopprimere l'affermazione *fructus servitutis,* ecc. Al più questa regola si sarebbe dovuta dal giureconsulto presentare come la conseguenza dell'inapplicabilità del senatoconsulto stesso o come una spiegazione di questa inapplicabilità resultante dalla natura e dal rapporto negativo della *servitus* coi *bona* del proprietario del fondo dominante. Invece il giureconsulto ha mostrato di considerare in forma indipendente e tutta a sè la norma *fructus servitutis* che precede l'obbiezione tratta dal senatoconsulto. Se non si distingue tra l'usufrutto di una servitù già costituita e l'usufrutto ch'è costituito appunto per mezzo del legato, ciò accade, dice il PEROZZI, perchè siamo in presenza d'una ricerca del tutto dottrinaria derivante dall'esame della formula legislativa del senatoconsulto in oggetto, analogamente alla questione sul pegno di usufrutto (L. 11, § 2, Dig. 40, 1) e sul pegno delle servitù prediali (L. 12, Dig. 4, 1); ma secondo noi ciò accade per una ragione organica, o, per dir meglio, perchè tanto nell'un caso quanto nell'altro vi ha una ragione unica: o che si tratti di destinazione del padre di famiglia, o che si tratti di altro mezzo di acquisto della servitù, resta sempre ferma la regola generale *fructus servitutis,* ecc. come resterebbe egualmente ferma la regola generalissima *servitus servitutis,* ecc. Non è argomento di buona dialettica ad ogni modo spiegare un'af-

Digitized by Google

fermazione dottrinale positiva o negativa coll'obbiezione che a quell'affermazione si può fare e che si risolve o si può risolvere in modo corrispondente all'applicazione della regola generale: l'obbiezione combattuta conferma la regola posta, le dà nuova forza, maggior valore, ma non la dimostra. È un ostacolo che si rimuove, non una dimostrazione che si dà allorchè si dimostra l'inapplicabilità del senatoconsulto: talchè, a fil di logica, il ragionamento dovrebbe correre del pari anche senza la discussione e la risoluzione dell'obbiezione proposta dopo la decisione che il giureconsulto dà al caso fattogli.

66. Sulla pretesa interpolazione del frammento di AFRICANO è piuttosto da fare molta attenzione; perciocchè, se la tecnica delle interpolazioni contribuisse a smontare la regola *servitus servitutis* o *fructus servitutis*, già si avrebbe un argomento fortissimo contro la lezione, sostanzialmente. Il PEROZZI, seguendo l'esempio del PERNICE (1) trova la l. 33, § 1, Dig. 8, 3, piena d'interpolazioni e ne toglie i seguenti incisi: *nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est* — *pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet.* Cambiato il *quamvis* in *quia* si potrebbe poi secondo il PEROZZI ricostruire tutto quanto il frammento nel modo come può essere inteso ed applicato. Guardando bene la costruzione del frammento, si vede certamente ch'essa lascia molto a desiderare. Prima infatti si parla di servitù d'acquedotto *quoque modo imposita* e poi si parlerebbe di *pactum* e di *stipulatio* soltanto, rincalzando questo concetto più limitato, coll'inciso esplicativo *pacto enim*, ecc. Non diversamente avverrebbe per le ll. 2, Dig. 43, 21, e 1, § 11, Dig. 8, 3; in coordinazione ad un piano completo d'interpolazioni giustinianee in materia di acqua, allo scopo precipuo di rendere omaggio alla volontà dei contraenti in contrapposto al rigoroso concetto dello *ius praedii:* ed ecco perchè si parlerebbe di *pactum* e di *stipulatio* e non di altri modi di costituzione della servitù. Così dalla vecchia regola di POMPONIO sul divieto al proprietario del fondo serviente dell'*haustus* sull'acque-

(1) *Labeo*, III, p. 103, n. 3.

Digitized by Google

dotto transitante pel suo fondo si venne alla concessione giustinianea di un tale *haustus* solo per patto o stipulazione, ritornando alle dottrine di LABEONE (L. 19, Dig. 8, 1; L. 10, Dig. 8, 3; L. 24, Dig. 8, 3) ossia alla tendenza pratica di fare alle servitù relative ad acque una posizione veramente privilegiata, a causa della comunicazione di taluni vantaggi agricoli derivanti dal sistema delle acque e che lo stesso ROMAGNOSI e lo stesso PEROZZI vagheggiano, il primo come filosofo ed economista, il secondo come interprete. Ma, lasciando stare il diritto attivo e la comproprietà delle acque, limitiamoci all'organizzazione della proprietà così come era e poteva essere in Roma, dove il concetto astratto di comproprietà trovava un primo ostacolo nella distribuzione delle terre pubbliche fatta dallo Stato e nella specie di dominio eminente che questo si riservava sulle terre concedute a *vectigal* ai privati. Se vi fu un piano d'interpolazioni giustinianee in materia d'acqua, questo piano senza dubbio non poteva rispondere ad un sistema di comproprietà delle acque, nè ad una posizione specialmente privilegiata per le acque, quanto piuttosto ad un omaggio formale ed equitativo alla volontà dei contraenti o dei paciscenti. Seguendo questo filo, questa orditura, la conclusione è la stessa che accennando all'arditissimo concetto delle acque; quando invece non sarebbe malagevole di vedere se l'*aqua profluens*, l'*aqua pluvia* e l'acqua sorgiva, nella loro attitudine di forze naturali, non si siano potute considerare come *res nullius*, sottoposte soltanto ad un regolamento d'uso. Senonchè di ciò meglio a suo luogo. Per ora l'arditezza della costruzione del PEROZZI, fondata sullo studio delle interpolazioni giustinianee, ma non suffragata nè da necessità dommatiche nè da argomenti di stretta logica giuridica, non ci si presenta accettevole come interpretazione dei testi, sebbene come costruzione giuridica abbia il suo lato brillante. Però resta sempre la dimostrazione tecnica del come e del quando nel frammento di PAOLO *servitus servitutis* siasi potuta sostituire a *fructus servitutis*. Ed ecco lo SCIALOIA colla sua fantastica genealogia di codici manoscritti delle opere di PAOLO, ossia delle copie che nei vari tempi sarebbero state tratte tra il manoscritto fiorentino e la traduzione greca da un canto e il primo tipo che

Digitized by Google

sarebbe servito per GIUSTINIANO dall'altro. Si tratta di semplice probabilità, che non avendo il sussidio di congetture più forti, diventa nè più nè meno che una pura immaginazione: la critica congetturale linguistica non contribuisce per nulla alle conclusioni fantastiche dello SCIALOIA e perciò nulla vieta di ritenere che i romani sentissero il bisogno di escludere la costituzione di un diritto sopra un altro diritto e più specialmente di una servitù sopra un'altra servitù, e forse anche di assorgere ad una costruzione in tutte le regole; dappoichè non è detto che le costruzioni siano un privilegio esclusivo dell'ipercritica moderna. Noi arriviamo perfino a credere che non occorra constatare l'equivalenza delle regole *servitus servitutis*, ecc. e *fructus servitutis*, ecc.: e la presenza della massima — *nec quisquam debere servitutem nisi qui habet praedium* — non ci sembra escludere che una massima più semplice, più aforistica abbia potuto in una data epoca prevalere e impossessarsi del campo della giurisprudenza pratica. L'*haustus ex rivo* tanto può essere una servitù prediale quanto un semplice *usus aquae personalis;* quindi l'espressione *servitus servitutis*, ecc., merita un'applicazione generale illimitata, senza restrizioni, senza malintesi, senza ingolfarci nelle caratteristiche dell'*haustus* e nell'equivalenza tra *usus* ed esercizio quanto alla concessione dell'*haustus*, che in sostanza si tradurrebbe nell'uso della servitù di acquedotto.

È bene dunque che si assorga ad una ricostruzione completa di quanto avviene o può avvenire a riguardo dell'acquedotto. Dalla l. 24, Dig. 8, 3, noi rileviamo che non si possono far concessioni a titolo di comodato sul proprio acquedotto in favore del vicino, dal momento che neppure si può servirsi del proprio acquedotto a prò di una parte del proprio fondo diversa da quella per la quale la servitù fu costituita: e l'espressione « comodato » fu intesa in senso generico, cioè nel senso di qualsiasi concessione personale, di qualsiasi copia fatta, ad altri, anche per atto di semplice cortesia, dell'utile ricavato da una determinata fonte economica. E dalla l. 44, Dig. 19, 2, noi apprendiamo che una servitù non può essere locata. Dunque nell'insieme vi era proprio nella giurisprudenza romana una tendenza, che oggi non può dissimularsi,

Digitized by Google

a generalizzare l'impossibilità di cedere od alienare in un modo qualsiasi tutto o parte il contenuto d'una servitù e dell'esercizio d'una servitù. Questa generalizzazione che comprende in sè quasi automaticamente la regola *servitus servitutis esse non potest*, non poteva essere nè evitata nè ritardata: la forza stessa dei principî doveva spingere gli eventi. Ma vi sono delle deviazioni, a quanto pare. La l. 2, Dig. 8, 4. ULPIANO, nei suoi commenti edittali, ci rende testimonianza di una *tuitio praetoris* a favore di un patto o di un modo di acquisto *de aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda.* La *tuitio praetoris* avrebbe il suo fondamento in un rescritto di Antonino a Tulliano; non sembrerebbe quindi risalire ad un'epoca molto antica nella storia dell'editto. Ma ad ogni modo ciò non toglie che anche prima d'allora un patto avente il contenuto rispondente ad una parte dell'esercizio di un diritto di servitù attiva non avesse potuto essere, più che tollerato, ammesso in forza dei principî generali sulle obbligazioni, all'infuori di ogni e qualsiasi complicazione o possibilità di complicazione col contenuto tecnico della servitù stessa. La difficoltà poteva sorgere fin da principio sulla conciliazione di questa libertà illimitata di contrattare in base ad un contenuto affine a quello reale, oggettivo della servitù, e la permanenza della causa e del contenuto della servitù stessa.

Poteva sempre dirsi che, comunque costituita e organizzata, un'obbligazione avente per oggetto una servitù prediale, o, meglio, il contenuto di una servitù prediale, dovesse ad ogni modo terminare col diminuire la consistenza effettiva, quantitativa della servitù stessa. E qui è appunto che la questione considerata nella sua grande importanza teorica, assume un significato di acuto contrasto colle funzioni della servitù prediale. Quando la servitù prediale ha un contenuto, questo evidentemente corrisponde allo scopo della sua costituzione; talchè, se in tutto o in parte ne fosse fatta copia ad altri fondi o a proprietari di altri fondi, si verrebbe con questo a dimostrare che lo scopo al quale fu creata la servitù è stato uno scopo fittizio o immaginario: e allora l'istituto cadrebbe per insufficienza di causa, per difetto di contenuto. Ma finchè e poichè questo non può accadere, per il

Digitized by Google

principio economico che anche in diritto è vietato di fare delle costruzioni teoriche e pratiche le quali non rispondano ad un bisogno effettivo o della scienza o della vita, noi dobbiamo poter supporre che non sia possibile alienare nè in tutto nè in parte, in un modo o nell'altro, il contenuto d'una servitù prediale: dal punto di vista economico la servitù, una volta costituita, benchè non sia, sembra essere effettivamente compenetrata nel fondo dominante quasi ne fosse una qualità o una parte. E se tale è di fronte al fondo dominante, non si concepisce come se ne possa in qualche modo distaccare.

Bisogna tuttavia guardarsi dal rendersi schiavi delle ingannevoli apparenze d'una conclusione così rigorosamente assoluta. Il fenomeno giuridico non è ordinato per rimanere nella immobilità di un contenuto fisso; appunto perchè il fenomeno della destinazione è un fenomeno di continua variabilità o potenzialità di variazione, come tutti i fenomeni che ripetono la loro origine dalla libera volontà dell'uomo. Se io ho costituito a favore del mio fondo una servitù di transito sul fondo del vicino, con questo non ho inteso già di vincolare la mia attività personale e giuridica nel senso di limitarmi in modo assoluto a sfruttare questa utilità in modo assoluto direttamente e sempre in una data forma; talchè per l'esercizio di quella servitù nessun estraneo abbia l'adito per il percorso dell'*iter* e solo possa servirmene per la mia persona io proprietario del fondo dominante.

Lo escludere qualsivoglia partecipazione di terzo, anche indiretta, all'esercizio della servitù rappresenterebbe un'ipocondria giuridica, una riservatezza di rapporti che cozzerebbe coll'indole e lo scopo sociale degli istituti giuridici e cozzerebbe quindi anche sensibilmente coll'interesse dello stesso proprietario del fondo dominante. L'acquisto di un diritto di servitù non importa la rinunzia alla facoltà di contrattare, semprechè il contratto, combinato coll'esercizio della servitù, ridondi a beneficio del proprietario del fondo dominante senza distruggere, anzi evolvendo e completando il beneficio derivante dalla servitù stessa. Per esempio, nel mio fondo si esercita l'industria mineraria estrattiva, o, meglio, semplicemente, l'industria dell'estrazione di argilla per uso di fabbrica di vasellame: e contemporaneamente, acquistata prima o

Digitized by Google

dopo dell'impianto di questa industria, si stabilisce una servitù di passaggio dal mio fondo ad un altro fondo vicino per avere un accesso più agevole e comodo ad una parte della strada pubblica alquanto lontana dal mio fondo stesso. È questo non già un puro e semplice rapporto di vicinanza, ma una vera e propria servitù convenzionale: essa risponde proprio ad un fatto di destinazione speciale che al mio fondo s'imprime per ricavarne un'utilità speciale e determinata. Ora, un giorno io cedo l'esercizio di questa industria ad un terzo e coll'esercizio di questa industria cedo al terzo il passaggio per quella strada, di cui mi spetta la servitù, con traini e carichi da trasportare: servitù che è stata appunto costituita per un percorso più lungo di quello per cui potrebbe essere forzosamente sostituita da un rapporto di vicinanza obbligatoria, allo scopo unico di avere uno sbocco più prossimo alla vicina stazione ferroviaria o alla vicina fabbrica di terracotta.

Esaminando bene il caso, si giunge a queste conseguenze. Se si ritiene non valida la comunicazione, la cessione al terzo dell'esercizio della servitù di passaggio sul fondo vicino, si viene con questo implicitamente a privare il fondo dominante e il proprietario di esso della facoltà di cedere o locare anche soltanto temporaneamente (non è questione di durata) lo sfruttamento del suolo destinato all'industria estrattiva; ed allora la servitù suona senza dubbio limitazione al diritto e alle facoltà del proprietario. Se si ritiene valida la cessione o la partecipazione fatta al terzo dell'esercizio della servitù di passaggio, evidentemente, comechè sempre per ragione del fondo, si ammette un estraneo all'esercizio del diritto di proprietà. A qual partito conviene dunque appigliarsi? Non si può aggravare la servitù, nel suo esercizio: ma il far passare per l'*iter*, anzichè il personale proprio di servizio, quello del concessionario dell'industria estrattiva, per certo non costituisce un aggravamento all'esercizio della servitù. Lo stesso fatto di costituire, dopo la concessione del passaggio con traini, questo speciale sfruttamento del fondo che si esplica coll'industria estrattiva dell'argilla, non sempre può costituire aggravamento all'esercizio della servitù: quando infatti il trasporto dell'argilla è fatto in ore e con metodi che non impediscano l'uso del proprietario del fondo serviente *iure proprietatis* e

Digitized by Google

del tutto in forma normale, non sembra che aggravamento vi sia nè vi sia una maggiore possibilità di danneggiare il terreno per il quale si esercita il transito. Se invece questo trasporto di argilla si effettuasse di continuo, in maniera tale che il transito per il percorso su cui la servitù è costituita venisse come a dire sequestrato a favore del proprietario del fondo dominante, intralciando su di esso l'esercizio del diritto di proprietà del proprietario di esso fondo serviente, in tal caso sembra che sarebbe il caso di dire al proprietario del fondo serviente che, se vuol giungere a tal punto di esercizio, compri addirittura dal proprietario del fondo serviente una striscia di terra per transitare a suo bell'agio. La distinzione tra impedimento effettivo e semplice aggravamento nell'onere del fondo serviente è tutta pratica e si vuole applicare caso per caso; avvisando ad ogni modo che l'esercizio d'una servitù non può mai apportare un impedimento assoluto all'esercizio del diritto di proprietà: talchè tutto si riduce, in fondo, a vedere se l'aumento dell'esercizio e delle facoltà pratiche che vi sono connesse produca o no un aggravamento effettivo nelle condizioni del fondo serviente e nella posizione del proprietario di quel fondo. Talvolta potrebbe darsi che, malgrado l'aumento dell'apparato di servizio e malgrado anche l'effettivo aumento del servizio che si trae dal fondo, la servitù si mantenga ancora senza aumento di aggravio nel fondo serviente o nel proprietario di esso fondo; come può darsi che con un minore aggravio quantitativo del contenuto del servizio la posizione del proprietario del fondo serviente e la condizione del fondo stesso rimanga aggravata. La qual cosa può variare a seconda dei tempi e dei luoghi, e ad ogni modo non ammette una determinazione *a priori:* talchè non si può dire con certezza ed assolutamente che lo stabilimento di questa industria estrattiva come nuovo mezzo di sfruttamento del fondo sia già di per sè ed in modo certo e senz'altro la causa di un aggravamento dell'esercizio delle servitù. Ma non è questo, sostanzialmente, di cui noi vogliamo interessarci. Noi vogliamo interessarci non dell'aggravamento che può sorgere per una nuova destinazione del fondo dominante; bensì dell'aggravamento che può derivare per una cessione contrattuale di qualche utilità o di qualche sfrutta-

Digitized by Google

mento del fondo dominante stesso, in correlazione coll'esercizio della servitù. Quindi la nostra ipotesi è che si ceda una utilità o un modo di sfruttamento già preesistente e precostituito e non che se ne costituisca o disponga a bella posta uno nuovo: ed in tal caso noi davvero non troviamo che una cessione contrattuale non solo possa ma debba sempre necessariamente compromettere la quiete del fondo serviente e del suo proprietario, e colpirlo per ciò solo di un maggiore e più sensibile oneramento. Non è pertanto da un tal punto di vista che il quesito vuol essere preso in considerazione. Noi dobbiamo vedere se il cedere nella fatta ipotesi l'esercizio della servitù prediale di passaggio attraverso il fondo altrui comprometta effettivamente l'integrità della servitù stessa, il suo scopo, la sua causa, la sua finalità. La risposta è una ed è semplice. Se si cede, in tutto o in parte, l'esercizio del passaggio indipendentemente dalla cessione di ogni utilità o sfruttamento del fondo, la cessione non è valida, poichè ha per oggetto cosa non propria, nè cosa o utilità di cui si possa disporre: perciocchè in tanto si ha il diritto di passare per il fondo del vicino, in quanto questo passaggio costituisce un'utilità pel fondo, nel senso che del fondo stesso non si possa altrimenti, in rapporto a quella data destinazione, trar profitto, se non passando attraverso al fondo del vicino.

Ma se si tratta di cedere in parte (ossia per la parte che è necessaria allo scopo) una tal servitù, e precisamente per quella parte ch'è necessaria al trasporto dell'argilla estratta alla prossima stazione ferroviaria oppure al cantiere o alla fabbrica di stoviglie: in tal caso dovrà dirsi per fermo che non si aliena un'utilità staccata dal fondo nè si distacca parte del contenuto della servitù per formarne oggetto di una speculazione d'indole radicalmente diversa o contraria alla servitù stessa, ma si utilizza la servitù conforme alla sua natura, perchè con la servitù si utilizza il fondo. Infatti la utilizzazione d'una servitù prediale non significa già che debba sempre il proprietario del fondo dominante trarne profitto col diretto intervento della sua persona, ma significa soltanto che il transito e delle persone e dei semoventi e dei carichi sia fatto ed abbia luogo per servizio del fondo dominante: il che anzi

Digitized by Google

tanto più apparisce, quante volte l'utente la servitù è diverso dal proprietario del fondo dominante. La ricerca da farsi, pertanto, di fronte ai voti della costruzione scientifica dell'istituto giuridico della servitù, è in questo caso di vedere, se il proprietario del fondo dominante abbia inteso del passaggio a lui concesso crearsi un'utilità od una speculazione nuova, per una fonte di lucro diversa e staccata dall'utilizzazione del fondo dominante, oppure abbia inteso cedere il fondo dominante o parte di esso con questo comodo annesso del passaggio: nel primo caso rifiutando in modo reciso la possibilità d'una cessione.

Può infatti immaginarsi che il proprietario del fondo dominante, o gratuitamente od onerosamente, permetta ai vicini di attraversare prima il suo fondo e poi il fondo del vicino sul quale ha la servitù, e nella parte, sopra la quale una tale servitù si esercita: in questo caso, anche se egli non faccia mercato della sua concessione, certamente egli viola il fine, lo scopo della servitù, ch'è quello di aprire uno sbocco al suo fondo soltanto; egli crea delle utilità abusive, oltre lo scopo di costituzione della servitù. La qual cosa non solo è contro l'economia della servitù e del suo esercizio, ma anche è contro la natura della servitù stessa: laonde la nostra norma definitiva è che sia lecita qualsivoglia obbligazione sopra una servitù prediale e avente per oggetto tutto o parte del contenuto d'una servitù prediale, ad eccezione di quelle obbligazioni, le quali creano delle utilità o delle attività giuridiche per sottrazione delle utilità, delle attività o delle facoltà che costituiscono il contenuto della servitù nei rapporti tra il fondo dominante ed il fondo serviente. Questa norma è veramente un'espressione, una forma, un lato del concetto d'inalienabilità del contenuto della servitù, considerata nella sua funzionalità organica rispetto al fondo dominante.

67. Una tale risposta normale ci sembra sempre applicabile, anche al diritto moderno: benchè nella dottrina francese siasi voluta da taluno ritenere ammissibile la servitù sul contenuto d'una servitù, purchè per tal modo non si vengano ad oltrepassare i limiti della servitù stessa originaria, nè si venga ad aggravare la condizione del proprietario del fondo

Digitized by Google

serviente. Ma evidentemente una tal risposta prescinde del tutto dalla natura speciale del rapporto di servitù, sulla quale invece la nostra attenzione è richiamata anzitutto dal BIANCHI (1) come su di un diritto reale possibile su cosa incorporale. L'art. 511 Cod. civile definisce la servitù prediale come un peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un altro fondo appartenente ad altro proprietario; e l'articolo 616 ammette che i proprietari possano stabilire sopra i loro fondi od a benefizio di essi qualunque servitù purchè sia questa solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo. È da ricercare, se dato il congegno del diritto romano e del diritto civile moderno, questa regola, che cioè la servitù non può essere imposta che su di un fondo ed a vantaggio di altro fondo, produca come conseguenza necessaria anche il divieto d'imporre la servitù sopra di un'altra servitù. Si osserva che in diritto romano queste due regole furono oggetto di due insegnamenti distinti e di due norme distinte anch'esse: ma si dà pure un certo valore all'osservazione che l'ipotesi di una servitù sopra un'altra servitù, in altri termini, si risolve anch'essa nell'ipotesi di una servitù sopra un fondo.

Quanto alla prima osservazione, che cioè in diritto romano si trovino distinti i due concetti giuridici della servitù tra fondi e della servitù sopra servitù, noi anzitutto non ci faremo illudere da una separazione formale di questi due concetti, ma bensì vorremo ricercarne il contenuto per vedere quale relazione possa riscontrarsi tra di essi: non parendoci sostenibile che, data una giurisprudenza come la romana, a base sopratutto di responsi e col metodo esplicativo della dimostrazione obbiettiva, sia stata intenzionalmente voluta una profonda separazione tra l'una massima e l'altra, solo perchè entrambe poterono fermare la base e il contenuto di due serie distinte di ragionamenti. Se questi due principî non fossero che due punti di vista, due aspetti di una teoria unica, potrebbero bensì aver presentato uno sviluppo separato e distaccato l'uno dall'altro, ma non per questo dovrebbe rite-

(1) *La regola « servitus servitutis esse non potest » nel diritto vigente* (*Rivista italiana delle scienze giuridiche*, II, pag. 49).

Digitized by Google

nersi precluso l'adito alla ricerca del nesso e dei rapporti intercedenti tra l'una e l'altra, per esaminare se per caso l'una non potesse allora e non possa anche oggi considerarsi come la vera e propria applicazione dell'altra. Per venire ad una duplice costruzione, in cui l'una di queste due regole rimanga profondamente distinta dall'altra, converrebbe trovare nelle fonti materiale sufficiente dal quale potere argomentare ad un simile dualismo; ed anzi determinare le ragioni del dualismo stesso, o, per lo meno della separazione delle due regole stesse di fronte alla necessità di un'unità strutturale inscindibile. Per diritto romano, poichè di diritto reale non erano passibili che i fondi, evidentemente la servitù prediale, non essendo per se stessa un fondo, non era passibile di altra servitù, neppure in via utile; dappoichè non abbiamo traccia di una *quasi-servitus* per diritto romano. E non ne abbiamo neppure per diritto moderno: ove la servitù, benchè possa aver risentito o si supponga che possa aver risentito qualche conseguenza, se non altro di rimbalzo, per l'aumentata comprensione del concetto di diritto reale, tuttavia ha sempre predominante il carattere e viva l'impronta, o, diremo così, il marchio, di limitazione del diritto di proprietà da riguardarsi con occhio di severa diffidenza.

D'altro canto, è forse esatto che la servitù sopra di una servitù si risolva sempre nella servitù sopra di un fondo? Sopra quale fondo anzitutto? Sul dominante o sul serviente? Se sul dominante, si trova ostacolo in ciò, che il dominante in effetto non presta altro servizio al fondo in cui favore la servitù in tutto o in parte è ceduta, se non quello di astenersi dall'esercizio totale o parziale delle facoltà che a lui originariamente provengono dall'istituto della servitù nel suo contenuto materiale positivo: il servizio vero è sempre quello ch'è prestato dal fondo serviente. Quindi sul fondo serviente deve ritenersi consistere qualsiasi nuovo rapporto ipotetico permesso sul contenuto della servitù originaria: nell'ipotesi dunque che un tal nuovo rapporto sia possibile senza eliminare il vecchio. Ma appunto il vecchio rapporto giuridico esaurisce tutta l'attitudine giuridica del fondo serviente a prestare la medesima servitù. Può immaginarsi che il proprietario del fondo serviente, dopo aver concesso una *ser-*

Digitized by Google

vitus aquae hauriendae per certe ore del giorno od una *servitus aquaeductus* su di un determinato percorso del suo fondo serviente, conceda per le stesse ore del giorno la medesima *servitus hauriendi* sulla medesima *aqua* oppure conceda la *servitus aquaeductus* sul medesimo percorso del fondo serviente? Praticamente, la possibilità di un tal concorso di persone o di fondi dominanti si può concepire soltanto per le servitù discontinue, quali, a mo' d'esempio, le servitù di passaggio; ma anche per questa ipotesi non resta esclusa la eventualità di un cozzo tra più utenti od esercenti il passaggio, e suppone a lungo andare e a concorso aumentato di utenti un regolamento completo d'uso precostituito alle concessioni successive alla prima e coll'intesa anche del primo dominante, oppure precostituito ad ogni concessione e fin dapprincipio. Ma servitù di passaggio pura e semplice, e senza limiti, nella pienezza della sua comprensione, noi non possiamo intendere su di un determinato spazio che a favore di una determinata persona: anche e anzi tanto più se la servitù è discontinua, vale a dire se si può esercitare soltanto a intervalli di tempo; i quali appunto tanto più caratterizzano la servitù, quanto più sono indeterminati ossia non sono il prodotto di un regolamento preordinato che limiti la durata dell'esercizio della servitù (perchè allora appunto il carattere discontinuo della servitù stessa verrebbe ad attenuarsi). Or l'attitudine giuridica del fondo serviente a prestare una data servitù quando questa servitù è costituita all'infuori di ogni regolamento d'uso o limitazione d'esercizio, è esaurita per la primitiva costituzione e non offre margine ad una seconda costituzione di servitù in base allo stesso contenuto: altrimenti la prima servitù deve intendersi come eliminata per far posto alla seconda, la quale in caso diverso non troverebbe come esplicarsi. Dunque la servitù sulla servitù non può tradursi nella servitù sul fondo serviente senza compromettere l'esistenza della servitù, sulla quale la servitù s'intenderebbe imposta: mentre d'altro canto sul fondo dominante non può in modo alcuno concepirsi l'imposizione d'una nuova servitù che abbia per contenuto l'esercizio di qualche servitù sul fondo serviente.

In diritto romano la questione della possibilità d'una *servitus servitutis* fu intavolata più che altro per l'acquedotto,

Digitized by Google

perchè l'occasione di applicarla si dava più frequentemente appunto per l'acquedotto; ma ciò non toglie che, e per il modo come è stata espressa e per il suo contenuto, sia suscettibile d'una applicazione generale, come una faccia o una veste del principio dell'inalienabilità. Però anche la dottrina fondata sul nostro Codice civile fece talora delle difficoltà per l'applicazione e la traduzione del criterio dell'inalienabilità nella regola *servitus servitutis*, ecc. Il ricorso al principio dell'inalienabilità rappresenterebbe il vieto concetto che la servitù prediale risponda ad uno smembramento del diritto di proprietà (1) e che perciò la costituzione della servitù rappresenti una parziale alienazione del fondo gravato. Non ci sembra tuttavia che ciò possa dirsi; perchè il ragionamento è il seguente. La servitù potrebbe alienarsi in due modi: o alienando il fondo dominante o il fondo serviente tutto intiero, oppure alienando la servitù considerata come una cosa completamente staccata o distaccabile dall' uno o dall' altro di essi fondi. Di alienazione completa del fondo dominante o del fondo serviente qui non si parla, perchè l'uno e l'altro in questa figurazione rimangono in proprietà dei loro proprietari originari: dunque non potrà trattarsi che di alienazione della servitù considerata come ente giuridico a sè, distaccato dai fondi ai quali si riferisce. Ma la questione è proprio quella di vedere se un distacco di questa specie sia ammissibile, sia logico. A tutta prima è facile comprendere come esso non sia che meramente fittizio: quindi, non avendosi da una parte la sostituzione di uno ad altro fondo dominante nella servitù primitiva, nè potendosi d'altra parte avvisare alla costituzione d'un nuovo rapporto giuridico di servitù sul contenuto del primo rapporto giuridico, mancherebbe la possibilità dell'oggetto di una *servitus servitutis*.

Infatti appunto per costituire un nuovo rapporto giuridico di servitù sulla servitù preesistente occorrerebbe che questa servitù stessa, sulla quale la nuova servitù vuole imporsi, acquistasse l'attitudine medesima, che può presentare un fondo staccato, autonomo e ancora libero da ogni vincolo di servitù: ma, poichè un tale distacco dal fondo serviente

(1) Bianchi, loc. cit., pag. 53-54.

Digitized by Google

del primitivo diritto di servitù per costituire un diritto autonomo non è in alcun modo possibile, evidentemente manca il sostrato obbiettivo per la *servitus servitutis*. La costituzione di servitù non può avvenire su di un diritto anzichè su di una cosa, allorchè si tratta di servitù prediale; perchè in questo appunto la servitù prediale differisce da un qualsiasi diritto reale. E lo riconobbe anche il BIANCHI: nè la formalistica obbiezione di un *meum esse* nel procedimento romano, di così poco valore anche nella tecnica di quel diritto, può avere alcuna importanza o ripercuotersi in modo alcuno sulla struttura moderna del diritto di servitù. Ma riconosciuto una volta che la regola *servitus servitutis*, ecc., dipende dalla speciale struttura del diritto di servitù prediale in ispecie (poichè questo concetto di servitù prediale fu antichissimo nel diritto romano), è giuocoforza ritenerlo coevo appunto alla fissazione del concetto di servitù prediale convenzionale; coevo quindi anche, anzi a maggior ragione, al principio della inalienabilità, che poteva applicarsi ai primi rapporti necessari di vicinanza anteriori ai rapporti convenzionali di servitù. I due principî dell'inalienabilità e della *servitus servitutis* non si comprendono, non sono inutili in presenza uno dell'altro, non presentano una coesistenza inconcepibile, ma sono due faccie di un medesimo aspetto dei rapporti tra fondi in funzioni di sfruttamento delle utilità.

Questa dunque non è una difficoltà considerevole, molto meno in diritto moderno. Ma anche in diritto moderno si può ventilare una questione di maggior gravità: se cioè alienare la servitù da uno ad altro fondo dominante, ossia sostituire un fondo dominante all'altro, sia la stessa cosa che alienare il contenuto della servitù o parte del contenuto della servitù stessa senza cambiare il fondo dominante; se sia la stessa cosa, ossia se produca gli stessi effetti e possa rispondere ad un'unica struttura dommatica. Veniamo all'esemplificazione. Il fondo *a*, di cui Tizio è proprietario, è dominante in una servitù di passaggio, costituita sul fondo *b* di cui è proprietario Caio. Ora Sempronio, anche proprietario di un fondo *c*, vuole acquistare il contenuto del diritto di servitù di passaggio, che, trattandosi di una servitù discontinua, non è quantitativamente precisabile o determinabile; talchè una ces-

Digitized by Google

sione parziale può anche equivalere ad una cessione totale di esso, per l'importanza pratica delle facoltà di transito che vi sono connesse. Ora, se il fondo *a* ed il suo proprietario debbono essere completamente privati dell'esercizio della servitù di passaggio, è naturale che debba intervenire o possa intervenire una sostituzione del fondo *c* al fondo *a* nel dominio della servitù. Se invece al proprietario del fondo *c* non importa affatto di escludere il fondo *a* ed il proprietario di esso dall'esercizio di questo diritto, in tal caso si può sollevare il dubbio della costruzione d'una *servitus servitutis*.

Dunque si domanda e si ricerca se queste due costruzioni abbiano alcunchè di simile. La sostituzione di uno ad altro fondo dominante equivale alla fine della vecchia servitù e alla costituzione d'una servitù nuova: questo è possibile purchè risulti da convenzione cui tutte le parti accedano. Invece l'acquisto di parte del contenuto di una servitù prediale, se pure fosse possibile, non toglierebbe al fondo dominante tale sua qualità giuridica, ma soltanto subentrerebbe o si aggiungerebbe ad esso altro proprietario ed altro fondo nell'esercizio della servitù.

La figura vera di questa posizione giuridica, obbiettivamente riguardata, sarebbe quella di due fondi dominanti e di un solo fondo serviente, con un contenuto unico di servitù, e sia pure senza pratica impossibilità dell'esercizio contemporaneo. L'ipotesi è diversa, ma soltanto questa seconda è la vera ipotesi di una *servitus servitutis:* e perchè non interviene un nuovo contratto tra l'originario fondo dominante e l'originario fondo serviente, e perchè non è necessaria l'esclusione dell'originario fondo serviente acciò l'esercizio della nuova utilità di sfruttamento abbia luogo; bastando semplicemente a questo effetto che il diritto renda possibile la costruzione e che il proprietario di questo terzo fondo possa essere in qualche modo associato allo sfruttamento dell'utilità primamente costituita sul fondo serviente. Ora, non è che i romani, procedendo *alla brava* (1), trascurassero la sottigliezza di una tale distinzione tra i due casi, e che i

(1) Così il Brugi nell'appendice II, al lib. VIII, tit. I, delle *Pandette* del Glück, pag. 115.

Digitized by Google

moderni abbiano più ragione di essi nello starvi, come si vorrebbe, attaccati per delineare con maggior precisione la massima *servitus servitutis esse non potest:* il vero è che i romani, lungi dal procedere *alla brava,* cioè forse alla meglio o mediocremente, procedevano con tale un senso pratico ed ed una logica giuridica, da ecclissare i patriarchi del cosiddetto *ius theticum* e da fare arrossir di vergogna i più sottili tra i moderni cabalisti del diritto. Effetto di un tal processo illuminato, nella nostra materia, fu soprattutto il non aver concepito come *servitus servitutis* la sostituzione di uno ad altro fondo dominante, ma d'aver limitato la tesi della *servitus servitutis,* per escluderla, alla sola ipotesi della associazione di un terzo fondo o di una terza persona all'esercizio o all'andamento della servitù. Nè il nostro diritto civile poteva logicamente emanciparsi da questa linea di condotta critica per dare importanza alla surrogazione di uno ad altro fondo dominante, pur rimanendo estraneo il proprietario del fondo serviente alla surrogazione stessa: perchè, nel caso di concorso di quest' ultimo ognun vede che si tratterebbe anche oggi, come sotto tutti i diritti, della estinzione della precedente servitù prediale e della costituzione di una nuova servitù: perchè la servitù è sempre quella che era una volta, e la servitù prediale in ispecie.

Ma invece la difficoltà sorge proprio o può sorgere anche oggi nella modalità dell'esercizio della servitù stessa e si traduce nella domanda, se sia ammissibile l'esercizio di un diritto di servitù attiva sur un fondo, traducentesi nel far copia ad altri fondi dell'utilità o del vantaggio o somma di vantaggi che dalla servitù stessa derivano: da un fallace punto di vista potendo ritenersi con parte della dottrina francese ammessibile un tale esercizio, solo perchè ed in quanto non eccedente il contenuto della servitù. Eliminata questa opinione troppo empiricamente ingannevole, evidentemente il quesito si presenta in termini chiarissimi. Se il titolo tace, nè pertanto si può applicare l'art. 616 Cod. civile, deve applicarsi nel suo massimo rigore il divieto della imposizione a favore d'un fondo della servitù sopra una servitù già spettante ad un terzo fondo sopra il medesimo fondo serviente e in corrispondenza al medesimo contenuto di servitù.

Digitized by Google

Ma veniamo perentoriamente all'oggetto della nostra trattazione. Il titolare d'una servitù pattuisce con un terzo di renderlo partecipe della servitù da lui goduta ed esercitata per il rapporto giuridico intercedente tra il fondo di cui ha la proprietà ed il fondo gravato. In qual modo può farlo validamente? Non costituendo un contenuto oggettivo più ristretto di quello della servitù originaria, neppure se la persona da rendersi partecipe è proprietaria o si trova in possesso o godimento di un fondo, in riguardo del quale potrebbe la servitù esercitarsi; poichè egli acquistò la servitù dapprincipio perchè dessa corrispondeva ad un vero bisogno del fondo dominante e questo bisogno permane ancora ed è coordinato con lo scopo della servitù. Quindi tanto che dell'esercizio reale della servitù si potesse ad altri cedere corrisponderebbe ad altrettanto che si verrebbe a sottrarre al legittimo e necessario esercizio della servitù originaria o primitiva. Oltre a ciò la concessione che fu fatta in considerazione di un fondo non può estendersi ad altro fondo senza travisarla, senza cambiarne la natura: anche se il proprietario del fondo serviente interviene in questo, convien dire che si tratti di un nuovo rapporto reale e non del vecchio rapporto evoluto o complicato. Ma sarà possibile una forma di comunione *pro diviso* del vantaggio costituente il contenuto della servitù, tra l'originario utente della servitù stessa o il fondo a favore del quale la servitù stessa fu originariamente costituita, ed un altro utente od un altro fondo aggiunto al primitivo per semplice designazione di esso? Già senz'altro a tutta prima si comprende come questa comunione, *pro diviso* o *pro indiviso* che sia, aggrava sostanzialmente la condizione d'esercizio della servitù; e, questo, anche se la costruzione della servitù prediale in ordine alla comunione si trova regolare per l'esistenza di un altro fondo dominante, è già di per sè un ostacolo gravissimo all'ammissione di un tale nuovo rapporto giuridico. Trattandosi poi di comunione *pro diviso*, sarebbe sempre necessario supporre ed ammettere che la servitù prediale possa scindersi, possa dividersi: la qual cosa contrasta col principio contrario generalmente accettato della indivisibilità delle servitù prediali. Però sembra che vi sia un grande desiderio in taluni autori di ammettere ad ogni costo che il pro-

Digitized by Google

prietario del fondo dominante possa disporre di tutto o parte il contenuto della servitù in via di costituzione di una servitù sopra servitù: e allora si ricorre di nuovo a quella strana allucinazione della dottrina francese, consistente nel ritenere che in questo nuovo rapporto di servitù serva l'originario fondo dominante al nuovo fondo ch'è ammesso alla partecipazione del beneficio della servitù. Ma una tale costruzione rappresenta una vera e propria aberrazione giuridica; perchè il rapporto giuridico non deve essere una creazione fittizia della nostra mente, bensì una conseguenza dello stato di fatto e una rispondenza a tale stato di fatto per soddisfare a tutti i bisogni giuridici ed economici che esso crea. Serviente è il fondo che offre la sua utilità allo sfruttamento della servitù; è quello in altri termini da cui la servitù trae il suo alimento, per quanto vi possa essere (dato e non concesso che sia ammessa la *servitus servitutis*) un fondo che serve da veicolo o da intermediario alla servitù stessa. Il veicolo non cambierebbe nè potrebbe cambiare o alterare lo stato di fatto delle cose e la natura del vincolo: la servitù cade sempre sul fondo che offre il passaggio o l'acquedotto e non sul fondo che originariamente era il solo ammesso a usufruire dell'uno o dell'altro di questi benefici. Il servigio passa da un fondo all'altro e l'utilità è in certo modo comunicata da un fondo ad altro fondo senz'altro, cioè senza che la forza e il significato del rapporto o del servigio cambino punto, senza che l'obbiettività e il contenuto della servitù abbiano per questo a risentirne.

Se vi è un terzo fondo che riesce in qualsiasi modo a rendersi partecipe dell'uso della servitù, evidentemente la sua partecipazione avrà per oggetto il fondo serviente originario, il suo territorio, le sue forze produttive, una qualsiasi utilità o dote di sfruttamento. Se il fondo dominante nella primitiva servitù vuole assumere per suo conto la qualità e la veste di fondo serviente, deve offrire in sè stesso tanto da far presa alla servitù stessa; e questo rapporto che per tal modo si va a istituire non ha che fare con qualche servitù attiva che l'attuale fondo serviente possa avere acquistato anteriormente ed esercitare tuttora nei rapporti con un terzo fondo. Questo dimostra che la costruzione, come si vor-

Digitized by Google

rebbe per eludere la regola che una servitù non può fondarsi sul contenuto di altra servitù, è oggidì, come sotto il diritto romano, impossibile. Così un fondo non può essere oggetto che di un solo possesso giuridico: chi ne cede il possesso non lo mantiene più ma se ne spoglia, e la comunione del possesso non istà già di per sè, ma in tanto sta, in quanto la comunione dello stesso fondo nei rapporti petitorî la rende possibile.

Questo si dice non perchè si voglia ricavare un'illazione tecnica dal possesso alla servitù, ma unicamente per dimostrare quale sia la natura dei diritti reali rispetto alla loro cosidetta inerenza sui fondi, e come questi diritti reali siano profondamente incardinati sui fondi ai quali si riferiscono, talchè altri fondi non possano entrare tra i due i quali vi sono sottoposti, nè tra i fondi stessi e le persone che vi esercitano diritti di questa specie; e neppure terze persone possano essere chiamate come intermediarie nella funzionalità di simili rapporti.

Il rapporto reale di per sè stesso è insofferente di trasformazioni o di evoluzioni che lo allontanino dal suo oggetto: e tanto più questa immanenza reale obbiettiva delle funzioni del diritto reale apparisce, allorchè appunto si tratta di servitù prediale, ossia di un rapporto grazie al quale due predii sono posti in diretto scambio reciproco di attività giuridica. Eliminata pertanto qualsiasi figura di cointeressenza o compartecipazione reale alle servitù prediali, non resta che la possibilità di obbligare tutto o parte del contenuto dell'esercizio della servitù prediale: ma anche questo, come vedemmo, limitatamente alla utilizzazione della servitù, nel senso che il proprietario del fondo dominante possa trarne profitto anche in quanto, tra le sue varie attività economiche, vi è anche l'attività di sfruttamento del contenuto di una tale servitù; considerata questa attività non per sè isolatamente ma in rapporto coll'attività generale e con tutte le altre attività speciali del fondo dominante stesso. A favore di una casa della quale ho la proprietà è costituita una servitù di passaggio attraverso l'andito di una casa vicina; io non posso cedere questa servitù di passaggio per sè stessa ed isolatamente, nè accomunarla con altri, proprietario o no di altra

Digitized by Google

casa vicina o lontana; ma soltanto posso cederne l'esercizio all'affittuario di un appartamento della mia casa dominante, in tanto in quanto questo passaggio può essergli necessario per godere dell'appartamento datogli a fitto. All'affittuario del mio fondo rustico evidentemente io cedo anche l'esercizio del diritto di trasportare le derrate agricole per la via carraia del vicino, se questo diritto a me competeva: altrimenti egli non potrebbe usare e godere della utilità che si è voluto trasmettergli. D'altra parte, se il locatore si riservasse l'esercizio di un tale diritto di passaggio, questo verrebbe ad essere un emolumento, un beneficio per la persona del proprietario e locatore del fondo, e non più un beneficio a favore del fondo affittato e per ragion di servigio da fondo a fondo. Nè nel diritto romano nè nel diritto moderno è posta una tale difficoltà, che cioè il proprietario del fondo dominante pretenda di affittarlo riservandosi esclusivamente il diritto di passaggio attraverso il fondo vicino; perchè questo diritto per lui non avrebbe scopo alcuno, qualora specialmente fosse esclusivo di un diritto analogo dell'affittuario. Una cosa sola può immaginarsi: che, per ragione di sorveglianza sull'uso che l'affittuario farà della cosa locatagli ed in previsione di dovere o di poter fare qualche accesso sulla cosa stessa, il locatore nel contratto di affitto siasi espressamente riservata la facoltà di valersi ancora per sua parte del diritto di passaggio senza escludere che il locatore si serva, ed anzi in via principale, del passaggio medesimo. In tal caso potrà esaminarsi se si tratti di un aggravamento del diritto anteriore di servitù: la qual cosa sembra doversi escludere, qualora si tratti di sorveglianza necessaria e nei limiti di quella che un buon padre di famiglia suole e riservarsi e adoperare per tutelare l'integrità ed evitare il deterioramento del proprio fondo.

Quello che assolutamente ed *a priori* per tutti i casi deve escludersi è che si possa di una tale servitù far copia ad un terzo che non ha rapporti col fondo, che non ne è conduttore, non ne è utilista, non ne è usufruttuario (in questo caso la regola *servitus servitutis esse non potest* non presenta alcuna applicazione): posseggano tali persone in nome proprio, come l'usufruttuario, o posseggano in nome del pro-

Digitized by Google

prietario, come l'affittuario, l'esercizio della servitù di passaggio, in quanto rappresenta la utilizzazione dell'attività produttiva ed economica del fondo serviente, spetta ad essi nel silenzio del contratto e per il naturale corso del negozio giuridico.

Il proprietario del fondo serviente ha diritto di opporsi allorquando del passaggio si dispone altrimenti di quanto si disponga per il fondo dominante o senza che per il fondo dominante si faccia una disposizione corrispondente: per il resto non può lamentarsi, se non allorchè si senta aggravato al di là e al di sopra del titolo costitutivo o del vero contenuto della servitù, ma non perchè possa direttamente opporsi alla parziale o totale alienazione temporanea della servitù o dell'esercizio di essa, allo stesso modo che non può opporsi all'alienazione totale della servitù insieme col fondo dominante al quale la servitù stessa si riferisce. Se il fondo dominante a un certo punto diviene gravato di una servitù a favore dello stesso fondo serviente o a favore di un terzo fondo, questa servitù non può avere evidentemente lo stesso contenuto della precedente o un contenuto che nella precedente sia compreso. Infatti la costituzione a favore del fondo serviente di una servitù attiva che corrisponda in tutto o in parte a quella goduta dal fondo dominante importerebbe la totale o parziale estinzione della prima servitù ed agirebbe in funzioni di confusione giuridica: la costituzione a favore di un terzo fondo di una servitù avente lo stesso contenuto della preesistente o parte del contenuto stesso equivarrebbe addirittura ad una *servitus servitutis*, senza che potesse aversi scampo, come vedemmo, nella considerazione che il fondo dominante nella servitù che precedeva venisse a considerarsi come serviente della sua stessa servitù attiva, in quanto mettesse le relative facoltà di esercizio a disposizione del proprietario del nuovo fondo dominante. Ogni obbligazione può avere per oggetto la servitù quando ha per oggetto il fondo dominante e non altrimenti; ed appunto a causa dell'obbligazione col proprietario del fondo dominante, su questo e per questo, può avere per oggetto la servitù intercedente tra i due fondi ed ora resa accessibile a persona diversa dal proprietario del fondo dominante. Insomma l'obbligazione sul

Digitized by Google

fondo dominante, perchè l'obbligazione sulla servitù o almeno sull'esercizio di essa si renda contemporaneamente, diremo così, praticabile non può apparire possibile senza l'obbligazione avente per oggetto l'esercizio della servitù: permodochè l'una obbligazione sia come la conseguenza dell'altra e non riesca a sussistere senza l'altra. La servitù segue il fondo dominante come l'ombra segue il corpo: la cosidetta inerenza reale è pari tanto nel fondo che sopporta l'esercizio della servitù e nel quale un tale esercizio ha luogo, quanto nel fondo al quale la servitù è dovuta e che esercita una tale servitù; non è possibile se ne distacchi per un sol momento, finchè il fondo stesso esiste e finchè essa servitù è in vigore. Il rapporto reale e obbiettivo in tale configurazione giuridica rimane sempre essenziale e predominante su di ogni e qualsiasi rapporto di obbligazione.

Digitized by Google

LIBRO SECONDO

ACQUISTO [1]

La servitù, considerata come un diritto indipendente da quello di proprietà del fondo dominante, siccome ha un'esistenza a sè, così anche deve presentare dei modi d'acquisto speciali e distinti, e indipendenti dai modi d'acquisto della proprietà del fondo dominante stesso. La costruzione della servitù, in quanto il suo contenuto si distacca o può distaccarsi dai fondi che sono posti tra loro in rapporto giuridico per lo scambio del relativo servigio, non è appunto che una astrazione scientifica per rispondere alla necessità di non confondere l'oggetto della servitù col fondo serviente e il suo pratico svolgimento coll'attuazione delle facoltà che al proprietario del fondo dominante spettano nella sua qualità di proprietario del fondo stesso. La difficoltà sorge, se non altro, perchè il rapporto tra i fondi nasce e si sviluppa indipendentemente dai rispettivi proprietari: ma tuttavia, siccome non v'ha diritto che non risalga ad una persona e il cui esercizio, se di servitù, non debba essere attribuito al proprietario del fondo dominante, così in ultima analisi, per la considerazione delle persone, si fanno passare in seconda linea i fondi. La natura del diritto che affetta una cosa determinata, anche in rapporto alle facoltà che spettano al proprietario, non si smentisce tuttavia e non deve smentirsi nella servitù, neppure quando

(1) **Bibliografia:** — Perozzi, *I modi pretori d'acquisto delle servitù* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. 23, pag. 3).

Digitized by Google

si tratta dei modi d'acquistarla: salve quelle specialità che sono comportate dalla speciale natura e contenuto del negozio giuridico, per la fisionomia speciale che il medesimo assume. Ma lo studio dell'acquisto delle servitù assume un'importanza speciale dal punto di vista storico: dappoichè nell'antico diritto romano le servitù costituivansi mediante *in iure cessio*, e le servitù rustiche, siccome *res nec mancipi*, anche col mezzo della *mancipatio*. Per noi, la ricerca dei modi d'acquisto speciali riconosciuti dal diritto romano non può avere un interesse vero, se non in quanto può venire a caratterizzarci in qualche maniera l'indole speciale dell'istituto. Dalle istituzioni gaiane noi possiamo prendere un lato pratico della distinzione tra le servitù urbane e le rustiche, inquantochè le prime non potevano manciparsi e le seconde soltanto costituivano *res mancipi:* al che si poteva venire peraltro indirettamente sempre quando si fosse trattato di mancipare una *res mancipi* riservandosene la servitù, ossia di alienarla *deducta servitute*. Nel diritto romano storico vi era una *servitus iuris civilis* o *iure constituta* e vi era una *servitus tuitione praetoris constituta*, nei casi per i quali non fosse ammissibile nè la *mancipatio* nè la *in iure cessio* a causa di qualche impedimento nel soggetto o nell'oggetto della servitù stessa: e questa *tuitio praetoris* aprì naturalmente la strada al diritto giustinianeo, dimostrando come ormai divenissero inutili quelle vecchie forme della *mancipatio* e della *in iure cessio*. Perchè nelle provincie e tra i peregrini, non potendosi tutelare le servitù per diritto civile, fu applicato l'editto provinciale e il pretorio, rispettivamente: e così apparve bene evidente che con una semplice *pactio* si potesse provvedere alla costituzione d'una servitù prediale, aggiungendovi per assicurarne la validità la stipulazione solenne d'una pena o del risarcimento dei danni nel caso d'inadempimento all'obbligo di tollerare l'esercizio della servitù. Da questo intreccio e da questa costruzione scaturì per modo di dire un'*utilis confessoria actio*, con efficacia reale e dovuta all'opera del Pretore. Gaio ci parla di *pactiones* e di *stipulationes* promiscuamente, per i predi provinciali, senza dire che la *stipulatio* si riferisca sopratutto alla pena posta come accessoria alla *pactio* (Istit., II, 31). Di una distinzione pretta

Digitized by Google

tra usufrutto costituito *iure* e usufrutto costituito *tuitione praetoris* troviamo menzione nei Frammenti Vat., § 61; nè ci sembra doversi dire diversamente delle servitù prediali, per le quali sussisteva la medesima ragione di distinguere, cioè la diversa specie dei fondi ai quali il rapporto giuridico poteva riferirsi. In questo diritto antichissimo la costruzione giuridica della *pactio* non è diversa dalla costruzione giuridica dell'istituto stesso avente per oggetto qualsivoglia altro negozio giuridico patrimoniale: la *stipulatio poenae* vi si aggiunge per assicurarle indirettamente quell'efficacia pratica che direttamente, per sè stessa, non può avere; quindi il richiamo della teoria generale dei *pacta* è sufficiente per rendersi ragione del funzionamento anche di questo modo d'acquisto delle servitù. Col progredire della vita giuridica dei romani i mezzi d'acquisto delle servitù si moltiplicano, e così arriviamo all'aggiudicazione, all'usucapione, alla legge, alla trasmissione ereditaria; talchè nel diritto giustinianeo annoveriamo tutti questi mezzi d'acquisto della servitù, oltre alla *pactio* che si sostituisce completamente, con piena e generale efficacia, così alla *mancipatio* come alla *in iure cessio* e vige per qualsivoglia specie di fondi. Noi crediamo di raggruppare tutti questi modi d'acquisto, considerandoli come indipendenti dall'acquisto del fondo dominante, a tre soli: titolo, usucapione e destinazione del padre di famiglia; il quale ultimo modo di acquisto si può dire veramente caratteristico per le servitù, perchè propriamente non appare in altra occasione per l'acquisto di diritti per il loro esercizio. Dal punto di vista del contenuto oggettivo della servitù e tenuto presente il fatto che nella sua materialità la servitù non esiste senza la correlazione tra due fondi, evidentemente l'acquisto della somma dei diritti che costituiscono la servitù deve corrispondere alla perdita dei diritti stessi dall'altra parte: in altri termini l'acquisto del fondo dominante corrisponde alla perdita del fondo serviente. Ma le facoltà che si acquistano dal fondo dominante benchè corrispondano, non equivalgono neppure esattamente, per il contenuto loro, alle facoltà che si perdono dal fondo serviente. Così, se il proprietario di un fondo costituisce nel proprio fondo la servitù di passaggio a favore del proprietario d'un altro fondo, non egli

Digitized by Google

certamente per questo solo viene a privarsi del diritto di passare per quel sentiero o per quella via, sulla quale deve aver vita il passaggio per il fondo dominante: perciocchè deve restare possibile (finchè la natura delle cose lo permetta, e la natura delle cose lo permette nelle servitù d'uso, come nella *servitus itinèris* più che non lo permetta nelle servitù di consumo, come in quella *aquaeductus*) al proprietario del fondo dominante di esercitare lo *ius proprietatis* accanto allo *ius servitutis*. Pur tuttavia non può mettersi in dubbio che la costituzione d'una servitù sopra un fondo ne diminuisce il valore economico e costituisce una privazione, maggiore o minore, del proprietario del fondo serviente nell'esercizio e nella pienezza dell'esercizio della sua proprietà.

La diminuzione del fondo serviente, che corrisponde all'acquisto del fondo dominante, consiste: 1° nel regolamento dei rapporti d'uso o di consumo dell'attività economica del fondo stesso, sottoposta all'esercizio della servitù, secondo i termini della concessione o dell'acquisto della servitù in genere, nei modi di legge; 2° nel depreziamento di valore venale del fondo sottoposto alla servitù, appunto per effetto di una tale sottoposizione alla servitù stessa; 3° nello sfruttamento maggiore ossia nel peggioramento del fondo per effetto dell'esercizio della servitù stessa; per cui le attitudini agricole ed economiche di esso possono presentare una minore quantità o qualità utile; 4° nella limitazione giuridica in sè stessa e nell'impaccio che, più o meno direttamente, una tale limitazione produce nella pratica attuazione delle facoltà spettanti al proprietario, anche non tenendo conto della diminuzione economica. Infatti, anche a tutta prima si comprende che l'idea stessa d'una limitazione al diritto di proprietà è sufficiente a creare imbarazzi pratici ed a complicare la situazione giuridica e l'attitudine del proprietario verso il suo fondo. La diminuzione nel valore venale poi dipende dalla possibilità che il proprietario, trovandosi già impegnato nella concessione d'una servitù, non possa egualmente disporre (come poteva quando il fondo era libero e finchè si mantenne tale) per la costituzione di una servitù della stessa specie con gli stessi mezzi a favore di un altro fondo, il cui proprietario gliene facesse richiesta con offerta di corrispettivo. Se io

Digitized by Google

concedo una servitù di passaggio e di trasporto sulla mia via carraia ad un vicino per asportare dal fondo le derrate agricole man mano che si raccolgono, non potrò concedere ad un altro vicino la stessa servitù richiedendone lo stesso prezzo che ne richiesi al primo: e, se la richiesta mi venisse successivamente fatta da un terzo o da un quarto vicino, la condizione mia peggiorerebbe ancora, per le esigenze che mi costringerebbero a domandare all'altro contraente un corrispettivo maggiore e gravoso, nè forse del tutto proporzionato al servizio nell'obbiettività sua; e, se mi fosse fatta da un quinto vicino, sarei forse impossibilitato a farvi adesione, anche solo condizionatamente al rispetto dei diritti dei primi quattro titolari e anche se dapprincipio, in previsione di una tale eventualità, siasi per me avvisato ad un regolamento dell'esercizio contemporaneo di una servitù cosiffatta.

Come si può spiegare questo fenomeno singolare e specialissimo nelle servitù, che alla perdita subìta dal fondo serviente non corrisponda analogo acquisto del fondo dominante? Certamente il diritto non può conciliare punti di vista tra loro apparentemente inconciliabili: da un canto il rapporto strettissimo tra fondi, per la nascita e lo sviluppo della servitù; dall'altro la necessità che ogni diritto faccia capo all'uomo tanto per la subbiettività giuridica quanto per l'esercizio pratico. Eppure il rapporto diretto tra fondi non può dileguarsi nè restare superato dal rapporto tra le persone e i fondi: esso sussiste ed è anzi la base fondamentale dell'istituto giuridico e delle sue differenze dagli istituti obbligatori. Si può dire che la medesima difficoltà più o meno sussiste per tutti gli altri diritti reali: senonchè nei diritti di servitù la difficoltà è anche maggiore, perchè si tratta ad un tempo e di diritti frazionari della proprietà e di rapporti che sussistono tra fondi indipendentemente dalle persone dei rispettivi loro proprietari e che anzi economicamente e giuridicamente non hanno causa all'infuori dei fondi tra i quali il rapporto interviene. Non v'è altro rapporto giuridico per vero che abbia così stretta attinenza coi fondi come il rapporto delle servitù. La causa di questo rapporto è nei fondi, dominante e serviente: e si può quasi ritenere che l'opera dell'uomo, per quanto sia necessaria all'acquisto della servitù, tuttavia non

Digitized by Google

abbia che importanza e funzione quasi del tutto strumentale e quindi in apparenza subordinata. Ma anche in questo, come in tutti i fatti umani e i fatti giuridici, la volontà dell'uomo è destinata a prendere il sopravvento e la parte egemonica. Però non per questo, che la volontà dell'uomo anzichè meramente strumentale è direttiva del rapporto giuridico, un tale rapporto risulta meno plasmato e modellato sulle esigenze reali, anzi individuali, dei fondi posti di tal guisa in posizione reciproca di servitù. L'individuo o gli individui infatti non possono in modo alcuno dar vita ad un vincolo di servitù tra fondi, se tra di essi non intercedono taluni rapporti di fatto che rendono possibile appunto la costituzione del vincolo giuridico stesso. Quindi noi potremo anche renderci ragione della necessità che vi è dell'apparizione della volontà umana per l'acquisto della servitù prediale, ma non dovremo ad ogni modo disconoscere che questa volontà umana è vincolata per lo meno (se non ad altri requisiti sostanziali) ad una causa perpetua, la cui esistenza non dipende dalle parti alle quali spettano i due fondi posti in rapporto di servitù: la qual causa perpetua scaturisce dalla natura e dalla condizione stessa dei fondi di cui si tratta. Per la quale influenza della natura dei fondi si vede come la volontà dell'uomo ha poi una ripercussione indiretta anche per questo lato della posizione giuridica, perchè cioè essa contribuisce ad imprimere al fondo tale una destinazione che si trovi in armonia colla causa della servitù: anche se la destinazione del padre di famiglia non è la causa diretta e immediata della nascita della servitù stessa e dell'acquisto di essa.

La conciliazione tra quel che si deve alla natura dei fondi e quel che si deve alla volontà dell'uomo scaturisce dunque non già da una artificiale e forzata ingerenza dell'interprete, ma dal fatto che la natura del fondo è modificata per la destinazione dell'uomo, e la destinazione dell'uomo si rende possibile solo nei limiti della natura del fondo. Nei diritti reali che non siano servitù prediali non si verifica questo fatto di destinazione o si verifica in modo diverso, ossia in modo da investire tutto quanto il fondo. Per esempio, l'usufruttuario ha il possesso del fondo da lui usufruito, ma questo possesso è effetto della destinazione di tutto il fondo ad usu-

Digitized by Google

frutto per parte di chi può disporne, e non già della destinazione di una parte di esso fondo ad un dato sfruttamento o ad una data utilizzazione. L'ipoteca in tanto è un fatto giuridico che si presenta come il prodotto di una destinazione dell'uomo, in quanto il proprietario ha designato di dare sul proprio fondo la garanzia per un mutuo da lui contratto. Ma in tutte queste ipotesi, diverse dalla destinazione dell'uomo, la costituzione volontaria non subisce alcuno intralcio per la natura del fondo: non v'ha fondo che non sia suscettibile di possesso, di usufrutto, d'ipoteca indipendentemente dall'esercizio e dall'esistenza stessa del diritto di proprietà. Quando si tratta di servitù prediale, il rapporto è fondamentalmente tra i fondi e quindi la destinazione dei proprietari, in quanto può esser causa della servitù stessa, deve necessariamente armonizzare colla natura dei fondi, colla loro struttura, colla loro posizione, ecc.

Per risolvere le difficoltà che sorgono per la concordanza del concetto di destinazione colla realtà oggettiva e natura dei fondi, converrebbe seguire una di queste due vie. O sopprimere in tutto la manifestazione di volontà del proprietario, sotto forma di destinazione o altrimenti; e allora si avrebbe senz'altro il concetto di servitù legale, che, preso, come abbiamo visto, a rigore, è la contraddizione del vero e proprio concetto di servitù. Oppure si dovrebbe sopprimere questo rapporto diretto tra fondi, ed allora non servitù prediale si avrebbe, ma obbligazione avente per oggetto uno o due fondi: ed anche qui sarebbe del pari soppresso il concetto e lo sviluppo della servitù prediale. Quanto alla servitù legale, neppure in uno stato ordinato a forma socialistica, essa può bastare alle esigenze e alla sistemazione di tutti i fondi: poichè i bisogni e la destinazione dei singoli fondi non possono essere previsti e designati se non dall'occhio vigile del proprietario caso per caso. Non vi sarebbe altro che dare alla convenzione ossia alla volontà dei proprietari un' importanza assoluta e decisiva, prescindendo dalla natura e conformazione dei fondi e dalla loro suscettività ad una o ad altra destinazione: ed eccoci allora riportati all' ipotesi specialissima del contenuto, che potrebbe essere di una servitù, tradotto nel contenuto di una semplice obbligazione personale. Che cosa ci riservi il

Digitized by Google

progresso dei tempi, dell'edilizia, dell'agricoltura e delle arti tutte in un avvenire più o meno remoto, non si può presagire; certo i tempi da lunga stagione non corrono propizî per i vincoli reali dei fondi e l'avvenire può essere apportatore di molte sorprese nel campo giuridico. Noi guardiamo serenamente e senza diffidenza nell'avvenire anche delle istituzioni giuridiche; e, se ci capitasse per avventura di assistere per questo riguardo ad una grande, profonda trasformazione della vita giuridica dei popoli, non ce ne rammaricheremmo già, poichè anzi le maggiori nostre speranze sono fondate sull'avvenire. Il poema lirico della vita degli individui e dei popoli è fondato sopra una trama di lusinghiere promesse: e il diritto stesso subisce la poesia della vita. Però sino ad oggi noi non possiamo sentirci autorizzati a sostenere che il rapporto di servitù prediale sia impossibile, incivile, e che quindi debba sostituirsi un puro rapporto di obbligazione avente lo stesso contenuto materiale. Constatata anzi la importanza della causa perpetua nell'economia e per l'equilibrio dei *iura praediorum*, che grazie ad essa si convertono in servitù, non si può negare che al rapporto di servitù prediale abbondi quella stabilità che mancherebbe in una convenzione dalla quale sorgesse l'obbligazione per uno sfruttamento soltanto temporaneo del fondo serviente; oltredichè, aprendo una breccia sulla costruzione del concetto giuridico di servitù prediale, il dubbio e l'eliminazione potrebbero facilmente estendersi ad ogni sorta di diritti reali. Il problema si estenderebbe e diverrebbe complesso: forse così sarà, allorquando i tempi saranno maturi.

Del resto, noi non intendiamo qui nè profetare nè proporre riforme: solo ci preoccupiamo della dimostrazione che la natura dei fondi possa conciliarsi colla destinazione risultante dalla volontà dei proprietari, nel contenuto. Le regole di una sistemazione generale del suolo e del fabbricato e delle acque sorgono sempre a limitare la libera disponibilità dell'individuo, o che questa si riveli attraverso la destinazione per la quale si rende possibile una data servitù, o che si riveli attraverso una pura e semplice e diretta manifestazione volontaria contrattuale; in ogni caso si dovrà fare omaggio alla posizione dei luoghi e alla potenza degli agenti tellurici e

Digitized by Google

delle forze di natura, non solo per la loro influenza indiretta e generale, ma anche per la loro influenza diretta e specialissima nella costruzione e nell'esercizio delle servitù. Quando perciò si tratta dell'acquisto delle servitù, è d'uopo rendersi ragione di tale limitazione della volontà dell'uomo per la forza degli agenti che sono nella materia da porsi in rapporto di servitù; dappoichè la volontà dell'uomo non ha campo libero ed espansione illimitata. Questo influisce anche nella costruzione della servitù quanto al suo acquisto. Ed infatti per l'acquisto della servitù non è sufficiente una volontà cieca, ingiustificata, bensì occorre una volontà che sia preceduta da un atto o fatto di destinazione; ma, non essendo possibile in un fondo una destinazione che contrasti colla natura di esso fondo e con le sue attitudini speciali ad una anzichè ad altra coltivazione, evidentemente la conclusione sarà che in tanto la volontà dell'uomo potrà essere indipendente e sovrana nella costituzione di una servitù, in quanto essa si uniformi all'attitudine del fondo serviente per un determinato sfruttamento e all'attitudine del fondo dominante ad un determinato genere di coltura. Questa è la conseguenza della natura singolare di questo diritto reale, per il quale i due fondi, dominante e serviente, sono posti in diretta relazione tra di loro, come se essi fossero i soggetti del diritto di servitù, del cui esercizio si tratta, e le persone dei proprietari succedentisi così nel fondo dominante come nel fondo serviente non presentassero alcuna importanza nella natura e nella conformazione del diritto di servitù.

Se nella bilancia della conformazione giuridica della servitù entrasse un terzo elemento e alle persone e ai fondi si aggiungesse qualche cosa di diverso dalle une e dagli altri, forse allora questo elemento avrebbe importanza decisiva e farebbe pendere la bilancia o dalla parte dei fondi o dalla parte delle persone: ma noi effettivamente un tale elemento decisivo non abbiamo. La destinazione, nelle sue possibilità e nelle sue impossibilità, non funziona già come elemento nella costruzione del negozio giuridico, e molto meno come elemento decisivo; ma funziona soprattutto sotto forma di limite, per contenere la latitudine della volontà umana esplicata in forma contrattuale. Se a questo elemento noi dobbiamo doman-

Digitized by Google

dare la limitazione di altri elementi davvero costitutivi del rapporto, non potremo dire al certo che esso elemento entri nel novero dei costitutivi. Per concludere, è d'uopo confessare che il rapporto di servitù presenta delle singolarità strane, e in ordine alla sua struttura, e in ordine ai suoi modi d'acquisto: e che in esso la conformazione dei fondi, la quale in ogni rapporto giuridico non potrebbe essere se non meramente strumentale, diventa decisiva e informatrice sostanzialmente di tutto quanto il rapporto stesso, fino a renderlo possibile solo in taluni determinati modi e non in altri, operando su di esso attivamente e principalmente. E però, data la specializzazione attuale del rapporto giuridico, conviene rassegnarsi a questa influenza delle condizioni naturali; studiarla e procurarne il necessario rispetto anche relativamente ai modi d'acquisto, anzi sopratutto in riguardo a questi o alla loro possibilità pratica ed anche alla possibilità in genere che, con uno od altro mezzo, una data servitù possa costituirsi.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

TITOLO DI COSTITUZIONE

Bibliografia.

FARAONE O. — *Un istrumento costitutivo di servitù, stipulato nel 1794 in Pozzuoli conserva attualmente, quantunque non trascritto, tutta la sua efficacia giuridica anche in relazione ai terzi possessori dell'immobile serviente* (*Diritto e giurisprudenza*, 1886, I, 519).

PRINCI A. — *Studio di diritto romano sulla questione: se alla costituzione della servitù per atto tra vivi bastassero le « pactiones et stipulationes » semplicemente, o fosse necessaria anche la « quasi-traditio »*; Palmi, tip. Lopresti, 1896, in-8°.

VANIER J. R. — *Questions notables sur les servitudes qui ne peuvent être établies que par titres;* Paris, 2e éd., 1880.

WAUTRAIN-CAVAGNARI V. — *Le strade vicinali e l'art. 630 Cod. civ. italiano* (*Gazz. giud. it.*, 1898, 105).

Il titolo costitutivo è la forma o parte di forma meno equivoca, e, diciamolo pure, più regolare, di costituzione della servitù; esso ha rispondenza alla diretta ed aperta manifestazione di volontà delle parti. La costituzione tacita d'una servitù, quando anche possibile, sarebbe piena di pericoli e di difficoltà. Quando si parla di costituzione tacita, non s'intende già parlare di ogni costituzione per la quale non concorra un titolo, e neppure s'intende parlare della servitù costituita a mezzo di usucapione; ma s'intende parlare delle servitù le quali sono talmente congiunte, e con sì stretta unione ai fondi dominanti, che la trasmissione dei fondi stessi e per atto tra vivi e per disposizione a titolo di morte non possa presentare un'utilità pratica o effettiva senza l'esercizio di una tale servitù. Se, per esempio, io vendo una mia casa, la quale

Digitized by Google

non ha ingresso fuorchè attraverso il cortile di altra casa lasciata ad altri, evidentemente io non posso alienarla nella condizione in cui si trova, altrimenti che comprendendovi il diritto di passare pel cortile stesso: se no non si potrebbe nè entrare, nè uscire da quella casa. Ma questa configurazione, la quale può applicarsi tanto alle disposizioni testamentarie quanto agli atti *inter vivos*, come vedremo, non è che un fatto in cui predomina la forma della destinazione e in cui appunto da questa destinazione si ricava l'esistenza della servitù per volontà tacita o implicita del disponente: talchè può dirsi che ogni servitù la quale non risulti esplicitamente da titolo debba risultare implicitamente da destinazione manifestata per mezzo di volontà tacita, sia pure dessa rivelata con fenomeni di destinazione.

Quando vi è titolo costitutivo di servitù occorre vi concorra anche una tradizione di qualsivoglia specie?

Il quesito è stato fatto da molto tempo nella dottrina delle servitù, e l'opinione dominante fino ad un certo tempo fu che tradizione occorresse, per la stessa ragione che occorreva per trasferire qualsivoglia dominio e che la convenzione non ha di per sè alcuna efficienza oltre la semplice obbligazione personale, ed anche perchè questo risulta per le servitù espressamente dai testi. Oltre alle ll. 1, § 2, Dig. 8, 3, e 11, § 1, Dig. 6, 2, abbiamo un testo chiarissimo ed esplicito (L. 3 pr., Dig. 44, 7), secondo il quale la *substantia obligationum* non consiste già nel fare *aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram*, ma nel costringere un altro a dare, fare o prestare qualche cosa per noi. Questa opinione una volta dominante, sebbene oggi non sia più tale, tuttavia è seguita sempre da parecchi giureconsulti: però la maggior parte degli autori è oggi di parer contrario, vale a dire ritiene la non necessità della tradizione per la costituzione delle servitù in genere e delle servitù prediali in ispecie. Argomenti per la negazione della necessità di tradizione sono: 1° Le istituzioni gaiane (II, 31) e giustinianee (II, 3, § 4) che parlano di *pactiones* e di *stipulationes* ordinate alla costituzione delle servitù; 2° I passi che parlano di tradizione non suonano in modo da richiedere quella come requisito essenziale per la costituzione della servitù; 3° Il principio generale che un

Digitized by Google

semplice patto non serve a trasferire il dominio non si estende alle cose incorporali, ossia agli *iura in re;* e infatti è innegabile che l'enfiteusi, la superficie e l'ipoteca sorgono dal semplice contratto. Tra questi argomenti, come si vede, ve n'ha anche uno che sembra voglia accennare alla difficoltà che sorge dalla natura incorporale dello *ius in re:* ma vi ha un testo, la l. ult., Dig. 8, 1, che si può contrapporre alla difficoltà medesima. GIAVOLENO, richiamando LABEONE, fissa il principio *usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse:* e fin dai tempi più antichi del diritto romano i giureconsulti ritenevano necessaria l'esistenza d'una *cautio* che della tradizione facesse le veci, come, oltre LABEONE, ritenne SABINO (L. 3, § 2, Dig. 19, 1), mentre GIAVOLENO posteriormente non fece adesione all'obbligo della *cautio.*

Vi ha anche la sicurezza che le servitù rustiche appartenessero alle *res mancipi* e che quindi in origine, finchè durò la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi,* non si potessero trasmettere se non a mezzo di *mancipatio* e di *in iure cessio,* secondo lo *ius civile* (ULPIANO, *Fragm.* XIX, I, 11); non potendo la *traditio* e la *patientia* dar vita che all'azione pubbliciana (L. 11, § 1, Dig. 6, 2). Ma è necessario esaminare fino a qual punto potesse estendersi la figura giuridica dell'*usus iuris pro traditione possessionis,* nel senso che o la congiunzione diretta del manufatto della servitù col fondo dominante o il primo atto d'esercizio in servitù discontinue sul fondo serviente costituiscano, più che l'equivalenza, un segno della tradizione. LABEONE e GIAVOLENO non intendono già fissare un principio invariabile che *usus iuris est pro traditione possessionis,* ma che *usus iuris accipiendus est pro traditione possessionis* per la manutenzione nell'uso di un *aliquod ius fundi,* non per l'acquisto dello *ius fundi* stesso, che si suppone già acquistato quando se ne usa e che si può avere acquistato anche prima di averne la consegna e di usarne: la consegna non potendo essere di alcun peso se non a riguardo del *corpus* della servitù, del possesso materiale delle facoltà e delle attività nelle quali consiste l'esercizio della servitù stessa. In questo frammento è dunque questione di possesso e non di acquisto: lo dicono chiaramente anche le parole *et interdicta reluti possessoria constituta sunt.*

Digitized by Google

Non ci dobbiamo dunque preoccupare di questo *usus pro traditione*, più che non ci occupiamo della *quasi-traditio* che da taluni fu voluta addirittura inventare per le servitù negative, col supporre che si finga da una parte d'intraprendere qualche atto contrario alla servitù e dall' altra vi si faccia opposizione con pratico risultato, oppure che nel contratto di costituzione s'inserisca una clausola di protesta generale ed estensibile a qualsiasi eventuale futuro atto contrario all'esercizio della servitù. Anche in questo caso di servitù negative può essere questione della trasmissione del possesso dello *ius prohibendi* e delle azioni che di questo possesso sono o possono essere date a tutela, ma non della trasmissione del vero *ius prohibendi* che può trasmettersi anche per semplice contratto. Il dire che uno stesso atto trasferisce una servitù (anche se quest'argomentazione si restringe alle sole servitù affermative) e il possesso della cosa dominante non è esatto: il parallelo sta solo tra possesso della servitù e possesso del fondo, perchè il correlativo dello *ius servitutis* è lo *ius proprietatis*, anzi il *plenum ius proprietatis*. Del resto, per poco che oltrepassiamo l'epoca della *mancipatio* e della *in iure cessio* e ci inoltriamo oltre il campo del diritto simbolico e formale, non vediamo più che le esigenze d'una speciale costruzione giuridica s'impongano per richiedere la *traditio*, la quale piuttosto ritorna in campo nell'epoca feudale, allorchè cioè ci è dato di assistere ad una febbre di materializzazione e realizzazione (cioè adattamento a reali) di tutti i vincoli sôrti accanto alla proprietà fondiaria.

Evidentemente, allora, non fu più il formalismo procedurale quello che persuadeva di dare alla tradizione un'importanza simbolica, ma furono le ragioni di moltiplicare i vincoli reali per affermare la supremazia economica, politica e giuridica dei proprietari fondiari. Allora la tradizione della terra, nei trasferimenti, si confondeva coll' investitura feudale e ne rappresentava l'esteriorità efficiente: era compenetrata nelle formole esterne della vita sociale e costituiva davvero parte integrante nel congegno della proprietà. Per la qual cosa noi in quest'epoca assistiamo ad una moltiplicazione straordinaria dei rapporti e dei pesi reali: e a ciascuno di questi rapporti e di questi pesi noi vediamo che si cerca

Digitized by Google

di far corrispondere una posizione materiale di fatto costituita e mantenuta con elementi di fatto ed anche con tradizioni simboliche, non più rispondenti a bisogni procedurali. Ora il passaggio ai tempi moderni è stato per gran parte caratterizzato anche dalla cessazione di tali vincoli: per la qual cosa tuttociò che il diritto formale ci aveva tramandato per questa via è anch' esso destinato a cadere. Per l'art. 1125 Cod. civile è il consenso che nei contratti serve a trasmettere la proprietà o il diritto, anche all' infuori della tradizione; ma si è riconosciuta la necessità, non per le esigenze della costruzione dell'istituto in sè, bensì per riguardo ai terzi, di escogitare un surrogato alla materiale tradizione o alla tradizione simbolica della cosa trasmessa nell'obbligatorietà dell'atto pubblico o della scrittura privata anche per le convenzioni intese al trasferimento delle servitù, come risulta dal n. 2 dell' art. 1314, e nella trascrizione obbligatoria di queste convenzioni (art. 1932, n. 2, e art. 1942). Queste formalità aggiunte alla convenzione come atto costitutivo di servitù per verità non hanno lo scopo precipuo di costituire un succedaneo alla tradizione, perchè una grande necessità di creare un succedaneo alla tradizione oggi non si vede; ma possono ammettere, tra le altre spiegazioni, anche questa come spiegazione concomitante: come se la potenza delle abitudini sia venuta a confortare una ragione di nullità assoluta che per vero nello spirito delle odierne istituzioni giuridiche ed economiche non trova un grande conforto. Anche per questo riguardo non si può sapere che cosa ci riservi l'avvenire delle istituzioni giuridiche: e se, liberata la costruzione degli istituti derivanti dal contratto e del contratto stesso da tutte le oscitanze e i pregiudizi formali che tuttora l'accompagnano, non sia il caso di avvisare ad una maggiore liberalità di costruzioni giuridiche e alla emancipazione di queste dai vincoli che ancora le inceppano e con esse inceppano la libera commerciabilità dei beni.

Ad ogni modo, anche se queste formalità o talune di esse vogliano ritenersi come surrogati della tradizione reale o simbolica della cosa sulla quale cade il trasferimento contrattuale, resta sempre fermo che le formalità stesse non sono distaccate dal titolo dell'acquisto contrattuale, ma a questo

Digitized by Google

titolo si congiungono quasi per completarlo, nella efficacia esteriore almeno. Invece la questione, come sorge per l'esegesi dei testi romani e come può enunciarsi oggi in base allo stato delle attuali istituzioni giuridiche, consiste nel vedere se il titolo scritto sia di per sè sufficiente al trapasso della servitù o alla costituzione della servitù stessa, e se al titolo si possa contrapporre la semplice tradizione come mezzo di acquisto contrattuale. Alla prima questione si è risposto in senso dubitativo, perchè dubitativa è anche la risposta alla domanda se il titolo costituisca un equivalente alla tradizione reale o simbolica: alla seconda deve rispondersi recisamente che no. La servitù e i diritti reali tutti non possono mettersi alla pari con le cose mobili; perchè appunto il loro carattere reale li converte, almeno parzialmente e da un punto di vista unilaterale, nell'immobile che ne è oggetto, li immedesima e li converte nella cosa sulla quale l'attività loro va a cadere; questo essendo per lo appunto il significato della costruzione del diritto reale. Or conviene porsi questo dilemma: o il diritto reale esiste e come tale partecipa della natura immobiliare della cosa sulla quale è rivolto ed esercitato; o non esiste, ed allora avremo una semplice obbligazione di contenuto personale. Ma, appunto perchè noi crediamo all'esistenza di un diritto che ha per obbietto la cosa e che non può avere altra consistenza nè presentare altra via d'uscita fuorchè nella cosa e per la cosa, noi diciamo che la natura del diritto, il quale non si traduce nè nel pezzo di carta che costituisce il titolo, nè nell'incontro strumentale ed istantaneo delle due volontà, è veramente immobiliare, ed essendo immobiliare, non può la tradizione costituirne un mezzo di acquisto di per sè, indipendentemente dal titolo o dalla convenzione formale, dappoichè questa si richiede formale. Un alto, un fortissimo interesse pubblico per garanzia di quella buona fede che ha ragione di fortificarsi sulle apparenze esterne di un possesso non viziato presiede alla determinazione della validità del possesso come titolo di proprietà, allorchè si tratta di cose mobili; ma ben diversa procede la bisogna allorchè si tratta d'immobili. Il possesso degli immobili non è così semplice, nè l'esercizio delle facoltà connesse alla servitù è così occultabile, nè la facilità dei trasferimenti

Digitized by Google

e degli immobili e delle loro servitù è così rapida e pronunciata, che non sia dato ai terzi di seguire nel loro interesse queste varie fasi del fondo serviente per trovarsi pronti ad ogni evento di nuove contrattazioni o di cambiamenti di contrattazioni preesistenti, o comunque di tutela delle proprie ragioni. Oltre a ciò vi è un'assoluta impossibilità di una tradizione della servitù: oggi che la tradizione simbolica è abolita e che tutto si riduce alla tradizione reale, corporale della cosa di cui si tratta.

L'impossibilità di una tradizione non simbolica della servitù non richiede poi dimostrazione: della servitù non potrebbe farsi una tradizione diversa, simbolica o no, da quella del fondo serviente ossia affettato dalla servitù stessa. Ora, anche se la tradizione del fondo fosse possibile in qualsivoglia modo, non sarebbe possibile una distinta e speciale tradizione della servitù, perchè la servitù non ha nè può avere individualità corporea indipendente e separata dal fondo stesso, di cui non rappresenta che un modo di esistere, un' accidentalità, una dote di sfruttamento; tanto che, come si vide, fu anche scambiata con una qualità del fondo stesso. E l'inerenza di questo servigio col fondo che lo presta è tale, da non potersi neanche idealmente e per comodo di costruzione giuridica concepire un tale rapporto tra fondi senza riferirsi ai fondi tra i quali appunto il rapporto sorge: mentre sarebbe assurdo e falso voler concepire una tradizione di tutto quanto il fondo serviente sol perchè su di esso si abbia ad esplicare il rapporto di servitù. Assurdo e falso, perchè la servitù non escludendo la proprietà e il possesso sul fondo serviente del proprietario di esso fondo serviente, il quasi-possesso della servitù si riferisce ad altro e si traduce esclusivamente nell'esercizio delle facoltà che vi sono inerenti, integro restando il complesso dei diritti che sul fondo serviente spettano al proprietario di esso: proprietario il quale, compatibilmente coll'esercizio della servitù, concorre anche (questo si vede più specialmente nelle servitù discontinue) nello sfruttamento di quella stessa utilità del fondo che costituisce l'oggetto della servitù di cui si tratta. Se il possesso del fondo nell'unità sua e nelle sue singole parti rimane tale e quale malgrado la costituzione della servitù e dopo la costituzione medesima, è d'uopo

Digitized by Google

riconoscere che nessuna formola materiale o nessuna costruzione formale ci è dato di rappresentarci per giustificare e delineare l'acquisto della servitù: il quasi-possesso non costituendo se non la linea di demarcazione tra l'esercizio e il non-esercizio della servitù e non essendo altro se non il legame logico e giuridico tra i vari atti di esercizio. Le abitudini del nostro ragionamento ci conducono appunto a cercare questo legame tra vari atti per dar loro una costruzione, un apparato scientifico, un valore che oltrepassi la ripetizione macchinale degli atti stessi isolatamente considerati gli uni dagli altri: e questo bisogno che noi cominciamo ad avvertire sopratutto per le servitù discontinue e non apparenti, per spirito di unificazione dell'istituto giuridico veniamo poi ad estenderlo a tutte le specie di servitù, ossia all'istituto della servitù in genere.

Questo bisogno non è fittizio, ma risponde anche alla necessità di accordare un quasi-possesso e delle azioni quasi-possessorie a tutela del quasi-possesso della servitù: perchè altrimenti e lo stato di fatto e la tutela giuridica corrispondente all'esercizio della servitù non avrebbero che una rappresentazione in sommo grado imperfetta. Il lato funzionale dell'esercizio della servitù non può quindi confondersi coll'aspetto sostanziale della sua costituzione, nè noi possiamo avvisare nella tradizione della servitù stessa un surrogato al titolo di acquisto: non lo possiamo anche perchè ci ripugna assolutamente di concepire una tradizione del diritto di servitù e di metterla in contrapposto al titolo di acquisto come mezzo a sua volta per acquistare la servitù. E neppure potremmo uscircene ricorrendo ad una *quasi-traditio*, come ricorriamo ad un quasi-possesso: perchè la *quasi-traditio* non ha ragione di confondersi col titolo e di convertirsi in esso, come la *quasi-possessio* si potrebbe confondere cogli atti di esercizio della servitù e convertire in quelli, in una costruzione della figura giuridica che si tratta di desumere dal complesso dei fatti esaminati. La stessa interpretazione ristrettiva dell'invasione nell'altrui spettanza, quale ormai è pacifico noi dobbiamo attribuire agli atti di esercizio della servitù, impedisce che si ricorra alla surrogazione del quasi-possesso al titolo; perciocchè non vi è la necessità di sistemare o regolarizzare

Digitized by Google

con tanta indulgenza la posizione del fondo dominante di fronte a quella del fondo serviente sul terreno di una medesima attività di sfruttamento di quest'ultimo fondo; trattandosi di una posizione che anzi deve contrariarsi e limitarsi in omaggio a quella interpretazione ristrettiva, e che appunto allora può limitarsi e contrariarsi efficacemente, quando soltanto si richieda che la costituzione della servitù risulti in modo non equivoco nè contestabile. L'esercente la servitù deve, per così dire, conquistarsi palmo a palmo la regolarità e la legalità della sua posizione giuridica: nessuna presunzione milita a di lui favore, anzi non v'ha presunzione dalla quale egli non debba sentirsi realmente contrariato.

Il titolo ch'egli si acquista e il paziente lavorio di lungo esercizio accompagnato dai requisiti legali del possesso o del quasi-possesso costituiscono per esso uno sforzo ben maggiore di un semplice quasi-possesso che comparisca in un attimo e di cui non si possa documentare una lontana origine. Il possesso dei beni mobili si presta agevolmente alle facilitazioni dell'ultima ora per i nuovi venuti: ma qui appunto deve svelare la sua inefficacia, per la diversa natura commerciabile dei beni ai quali si vorrebbe applicare. Insomma, appunto perchè non si tratta di possesso ma di quasi possesso, è d'uopo escludere che la virtù di quel complesso di atti di esercizio, che noi abbiamo preso abitudine di chiamare quasi-possesso, giunga fino al punto di autorizzare il circolo vizioso al quale si andrebbe incontro ricorrendo agli atti di esercizio per giustificare *ex post facto* la legalità dell'esercizio stesso. Poichè, se gli atti di esercizio fossero illegali ed abusivi, non potrebbero servire di giustificazione nè a se stessi nè a quel quasi-possesso che ne rivela l'esistenza; e neppure potrebbero in qualche modo interpretarsi come sufficienti in qualsivoglia modo a stabilire una ragione legale di acquisto che dal possesso traesse alimento. Chi dice quasi-possesso non può significare la stessa cosa di possesso: tra l'uno e l'altro vi sono delle differenze considerevoli, delle quali parte ci è data intuire a tutta prima e parte ci risulta per via di ragionamento.

Digitized by Google

CAPO I.

Natura e valore.

68. *Titulus adquirendi* e *modus acquisitionis:* funzioni del tempo in ordine al titolo nell'art. 2137 Cod. civ. — 69. Il tempo della prescrizione indipendente dal titolo e dalla buona fede. — 70. Il *bonum initium*, la buona fede e il giusto titolo nella l. 10 pr., Dig. 8, 5; se la tolleranza possa sostituirsi al titolo. — 71. Esame particolareggiato dell'art. 2137 Cod. civile.

68. Sulla natura e sul valore, anzi sulla critica del titolo costitutivo in generale abbiamo delle spendide pagine, per acume d'analisi e dirittura di giudizio notevolissime, di Assuero Tartufari, nel vol. 2° della sua opera sugli effetti del possesso, nota sul giusto titolo in genere ed anche in ispecie riguardo alle servitù. Titolo è, egli dice, « la causa giuridica da cui rampolla, nasce o si acquista un diritto e la cosa che ne è l'oggetto, in quanto è necessaria all'esercizio o soddisfazione del medesimo ». Oggidì, non potendo la servitù trasmettersi nè per quasi-tradizione nè per tradizione simbolica, il concetto del titolo d'acquisto nelle servitù si potrebbe restringere più precisamente o al giudicato o alla convenzione *inter vivos* o alla disposizione *mortis causa.* Titolo sarebbe dunque l'atto dal quale risulterebbe la costituzione delle servitù senza il concorso di altre circostanze costitutive. Il titolo, rappresentato anche oggi alla romana, cioè contrapposto al *modus adquirendi*, costituirebbe la causa remota dell'acquisto e con la *bona fides* comporrebbe la *iusta causa:* senonchè talvolta *titulus* e *causa* si prendono come sinonimi ed allora *iustus titulus* equivale a *iusta causa.* Ma la contrapposizione del *titulus adquirendi* al *modus adquirendi* si faceva a proposito dell'acquisto del dominio e non in altra occasione: per la qual cosa la vendita rappresentava il *titulus adquirendi* e la tradizione il *modus adquirendi.* Nel diritto formale della *mancipatio* e della *in iure cessio*, il *titulus* e il *modus* s'immedesimavano l'uno coll'altro ed allora non vi era d'uopo di una simile distinzione. Il fatto e la sanzione della legge anch'essi per diritto romano costituivano titolo

Digitized by Google

di possesso: *titulus est possessionis ratio* (Ist. giust., IV, 15, § 3). Ma in diritto nostro per l'art. 1279 Codice civile, titolo, secondo il linguaggio comune, è nè più nè meno, che il documento del credito (i documenti, in genere, in diritto romano si chiamavano *instrumenta, cautiones,* allorchè erano costitutivi di obbligazione); e la nostra legislazione commerciale comprende i titoli al portatore. La *iusta causa possessionis,* una cosa sola col giusto titolo, anche quando questa equivalenza era riconosciuta ma altresì se non fosse riconosciuta, assai malagevolmente si sarebbe potuta riferire all'acquisto delle servitù; e ciò perchè la servitù non si possedeva, ma si esercitava e dall'esercizio ne scaturiva il quasi-possesso: la qual costruzione giuridica ricorre anche oggi. La servitù non avrebbe potuto acquistarsi che a titolo... di servitù. Or questo circolo vizioso certamente non dev'essere stato mai nella mente dei giureconsulti romani: d'altra parte, anche in ogni altro rapporto giuridico, la distinzione tra *titulus* e *modus,* ossia tra *causa* e *modus,* in tanto poteva stare in quanto la *mancipatio,* la *in iure cessio,* l'*adiudicatio,* la *lex,* l'*emptio sub corona,* la *bonorum sectio,* l'*usucapio,* l'occupazione, la tradizione, l'adizione ereditaria, l'accessione, la specificazione, la percezione e separazione dei frutti, la confusione e la commistione non avessero che fare, essi tutti modi d'acquisto della proprietà, colla causa del possesso *pro emto, pro donato, pro herede, pro legato,* ecc., ma in quanto la distinzione tra le due categorie di fatti giuridici fosse possibile ed in quanto anche una doppia categoria, un doppio ordine di denominazioni fosse in campo. In altri termini era la rispondenza teorica e pratica del possesso alla proprietà che faceva sorgere accanto all'acquisto della proprietà per adizione ereditaria (modo per lo acquisto della proprietà del fondo) il possesso *pro herede* (causa del possesso del fondo stesso); per la medesima ragione che il concetto pratico del possesso non può concepirsi se non come corrispondente al concetto teorico o astratto della proprietà.

Nelle servitù non può escogitarsi una proprietà, nè può ammettersi un possesso: ma supponendo pure che del possesso il quasi-possesso tenga intieramente le veci, è certo che di proprietà non vi si può in modo alcuno trattare, e,

Digitized by Google

non potendosi parlare di proprietà, non può neanche discutersi di un *modus adquirendi.* Quando perciò si dice che la servitù si acquista a mezzo di usucapione, non s'intende certo parlare dell'usucapione come di un *modus adquirendi* della proprietà, perchè di proprietà non si tratta, ma di un modo di acquisto della servitù, che anzi, lungi dal potersi contrapporre al possesso e ai requisiti del possesso, si amalgama col possesso stesso e ne trae alimento. Quindi nella servitù anche per diritto romano, all'infuori della *mancipatio* e della *in iure cessio,* è malagevole la contrapposizione del *titulus adquirendi* al *modus adquisitionis,* perchè non è possibile la distinzione tra la causa del possesso e il modo dell'acquisto della proprietà, ed è solo possibile parlare di modo d'acquisto della servitù; non essendo il quasi-possesso della servitù stessa che il risultato, la conseguenza dell'acquisto e del modo d'acquisto della servitù. Non è questo del resto un linguaggio incomprensibile o metafisico, poichè si tratta della costruzione giuridica di una posizione di fatto la cui esistenza non è in dubbio: nella servitù il quasi-possesso ha una fisionomia diversa dal possesso corrispondente alla proprietà; esso è un mero stato di fatto senza contrapposti e che è preceduto dalla legittimazione, dall'autorizzazione a mezzo di titolo, ossia a mezzo di un atto scritto compilato e regolarizzato nelle debite forme. Dunque il titolo della servitù, all'infuori del periodo arcaico della giurisprudenza romana e dopo di esso, si presenta come sinonimo perfetto di *cautio* o d'*instrumentum,* ritenendo che non potrebbe ancora scambiarsi con la causa, perchè nell'usucapione della servitù il titolo non è causa dell'acquisto della servitù stessa, ma è causa dell'acquisto di quel quasi-possesso, dal quale poi ha vita l'usucapione medesima, direttamente. Il requisito della causa non si vuol confondere col requisito dell'effetto: laonde è naturale che il titolo qui non si prenda allo stesso modo come nel possesso o nello stesso significato che nel possesso. Nel diritto vigente non vi è più luogo a dubitare della perfetta corrispondenza del titolo allo scritto strumentale della convenzione o della trasmissione *mortis causa:* oggidì la causa dei negozi giuridici e il titolo che risulta dall'esercizio del possesso, se si vuol mantenere l'espressione romana, fanno

Digitized by Google

categoria a sè e per entrambi insieme separata dal titolo probatorio della costituzione, che dunque a sua volta è il solo titolo di cui si possa parlare a proposito delle servitù. Il titolo della servitù presenta dunque questo di speciale, ch'esso non è necessario per l'usucapione in diritto romano, ma soltanto è necessario per un modo d'acquisto per convenzione o per atto di ultima volontà: specialità che cessa in diritto nostro.

L'art. 629 Cod. civ. infatti stabilisce che le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un titolo o colla prescrizione trentennale o per la destinazione del padre di famiglia, mentre il successivo art. 630 richiede assolutamente il titolo per le servitù continue non apparenti e per le discontinue, apparenti o non apparenti. In conclusione qui, trattandosi della prescrizione trentennale, si esclude che possa invocarsi per taluna specie di servitù, in ordine alle quali le esteriorità fisiche del possesso non possono essere manifeste in tutti quanti gli istanti che compongono il trentennio. Non è la mancanza del titolo che qui preoccupa il legislatore; ma la impossibilità di vedere attuati i requisiti sostanziali della usucapione, per la materialità delle apparenze visibili. Se egli si fosse preoccupato dell'esistenza di un titolo come elemento costitutivo della usucapione delle servitù, l'avrebbe richiesto anche per le servitù continue apparenti: non avendolo fatto ha inteso addirittura per le servitù continue non apparenti e per le discontinue escludere il modo d'acquisto in forza di titolo, sancito dall'art. 629. Però l'art. 2137 combina la prescrizione decennale coll'esistenza di un titolo debitamente trascritto e non nullo per difetto di forma. Si deve naturalmente trattare di un titolo che di per sè non sia idoneo a costituirne la servitù: altrimenti la servitù si dovrebbe ritenere già costituita in forza dell'art. 629. Qui si tratta di un titolo singolare *a non domino:* titolo che, per il concorso della buona fede, non può divenir valido a produrre gli effetti dell'acquisto giuridico, se non è accompagnato da un esercizio decennale. Ciò serve appunto a cuoprire e sanare il vizio dell'acquisto *a non domino;* l'acquisto *a domino* non ha bisogno di sanatorie, ma è giustificato da un titolo che vale di per sè come modo d'acquisto. E appunto

Digitized by Google

quella che si volle chiamare prescrizione decennale, più che un modo d'acquisto a sè stante, costituisce la sanatoria del modo d'acquisto consistente nel titolo, valido per la forma e debitamente trascritto: il vero acquisto per prescrizione è dato dalla trentennale, senza bisogno di titolo di sorta, ma colla sola dimostrazione della pratica osservanza. La prescrizione trentennale non è data per le servitù continue non apparenti e per le servitù discontinue; la decennale non ha limiti di questa specie, appunto perchè vera prescrizione non è, o, per dir meglio, non è modo d'acquisto di per sè. Se lo fosse, non potrebbe non partecipare ai requisiti della trentennale e alle esclusioni di essa: senza contare che l'una o l'altra si renderebbe inutile e dovrebbe essere eliminata da un ben coordinato sistema di rapporti giuridici. Il fatto che la prescrizione decennale si estende (dicasi quel che si vuole, la legge non ha limitato l'acquisto di cui all'art. 2137 ai casi di servitù continue ed apparenti come ha fatto nello art. 629) anche alle servitù discontinue e alle non apparenti è sintomatico della prevalenza del titolo sulla decorrenza del tempo; basta che il pretendente all'acquisto provi due soli atti di esercizio di una servitù discontinua e non apparente, uno al principio ed uno alla fine del decennio, perchè coll'appoggio del titolo, riesca a consolidare su basi incrollabili il suo diritto di servitù.

69. Per determinare adeguatamente la natura e il valore del titolo nell'acquisto delle servitù per diritto romano conviene fissar bene che nell'usucapione non vi è bisogno nè di giusto titolo, nè di titolo semplicemente. La disputa si è accesa tra scrittori più o meno recenti e non si può lasciar passare senza darne la soluzione. Impossibile è tuttavia richiamare e discutere le opinioni di tutti i trattatisti e le dimostrazioni da ciascuno di essi date a sostegno dell'una o dell'altra categoria di esse, anche raggruppandole sotto le due fondamentali e contrapposte della necessità da un canto e della superfluità dall'altro del titolo per l'usucapione delle servitù. Il MAYNZ (1) osserva che le fonti non fanno menzione, come

(1) *Cours de droit romain*, tome 1er, Bruxelles 1876, 4e éd., § 142.

Digitized by Google

a proposito dell'usucapione delle cose corporali, della necessità di un titolo grazie al quale il possesso sia stato acquistato; appunto perchè l'esercizio leale e pubblico della servitù, congiunto alla pazienza della cosa assoggettata, basta per dare al possesso una giusta causa. In nota poi egli dice essere difficilissimo, per non dire impossibile, che una servitù possa essere esercitata *nec vi, nec clam, nec precario* senza che la persona la quale (proprietaria o posseditrice) ha interesse a difendere la libertà del fondo serviente se ne accorga. La sofferenza di questa persona costituisce dunque (conclude il MAYNZ) una presunzione in favore della legittimità dell'esercizio.

I testi addotti dal MAYNZ e dai sostenitori dell'opinione della superfluità del titolo, in verità, concludono ben poco. Infatti il fr. 10 pr., Dig. 8, 5, parla di *diuturnus usus* e di *longa quasi possessio;* ed aggiunge che in tal caso lo *ius aquae* si ritiene acquistato senza che sia necessario *docere de iure quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo:* perciocchè qui appunto si tratta di *modus adquirendi* e non di *causa* o di *titulus adquisitionis;* e noi ben vedemmo come e in quanto nel diritto romano storico una tale distinzione avesse avuto ragion d'esistere. La l. 26, Dig. 39, 3, concede la tutela dell'*aquae ductus* quando la *vetustas dat auctoritatem, tametsi ius non probaretur:* ma il responso è troppo indeterminato e noi non siamo autorizzati a ritenere lo *ius* come sinonimo di *titulus.* Dalle due prime cost. del Cod. 3, 34, si parla di una *vetus forma* e di un'*acquisitio servitutis tempore, exemplo rerum immobilium :* ma queste espressioni non ci autorizzano di per sè a concludere non necessaria l'esistenza di un titolo per la costituzione della servitù *tempore* secondo la *vetus forma.* Il MAYNZ del resto, esaminando la necessità o meno del titolo per l'acquisto della servitù mediante usucapione, non poteva non tener presente la sua ardita conclusione a proposito delle condizioni richieste per l'usucapione ordinaria (§ 113, vol. I, *observ.*): che cioè il giusto titolo non è condizione dell'usucapione, la quale discenda necessariamente dalla natura delle cose e dallo spirito vero del diritto romano, perchè la usucapione è di per sè stessa un modo originario d'acquisto

Digitized by Google

della proprietà e perciò l'acquisto per usucapione non può esigere delle condizioni soggettive all'infuori della persona di colui il quale vuole acquistare. Se la giurisprudenza, continua il MAYNZ, avesse richiesto il titolo per l'acquisto delle servitù, essa avrebbe reso impossibile un tale acquisto in tutti i casi compresi nell'ipotesi di acquisto della servitù per trasmissione della proprietà o della *bonae fidei possessio* del fondo da parte di chi si trova in possesso della servitù e ci trasmette il fondo con un tale possesso e ci assicura l'esistenza della servitù.

In tal caso acquistando il fondo noi esercitiamo di conseguenza la servitù come se ci appartenesse; in altri termini, secondo il MAYNZ, l'acquisto della servitù non è che una conseguenza dell'acquisto del fondo. È dunque necessario, e il MAYNZ lo fa comprendere, allontanarsi dallo stretto e rigoroso esame dei testi per venire alla conclusione che non occorra l'esistenza di un titolo: è necessario costruire il rapporto di servitù come subordinato a quello di proprietà e come derivante da esso: occorre convincersi che non si tratta di usucapione come non si tratta di possesso, ma di quasi-usucapione e di quasi-possesso, e che appunto praticamente questa differenza si traduce nella necessità o nella superfluità del titolo, il quale è necessario nell'usucapione della proprietà, non è necessario nell'usucapione della servitù. Non di rado infatti accade in diritto romano che non siano i testi quelli che precisamente ci dànno le linee di un dato istituto, ma che la costruzione dell'istituto stesso debba risultarci dall'insieme e dal confronto dei vari istituti giuridici paralleli od affini, e da argomentazioni analogiche. Su questa via della ricostruzione dell'istituto della servitù armonicamente cogli altri istituti ai quali si applica l'usucapione, il SAVIGNY (1) si mosse risolutamente, e, osservato come nella dottrina vi furono dei tentativi (massime quello di CUIACIO) per ridurre interamente a nulla sotto l'aspetto pratico il tempo immemorabile nell'acquisto delle servitù, nota poi che il richiedere accanto al decorso dei dieci o vent'anni un titolo positivo, è erroneo perchè i testi relativi all'acquisto della servitù

(1) *Sistema del diritto romano attuale*, trad. SCIALOIA, vol. 4, § 197.

Digitized by Google

stessa per *longi temporis praescriptio* « non solo tacciono di un titolo giuridico, ma richiedono pel principio del possesso un requisito affatto diverso (il *nec vi, nec clam, nec precario*) che deve evidentemente essere un surrogato del titolo, perchè sarebbe assurdo lo stabilire due condizioni insieme, l'una accanto all'altra ». Lo SCIALOIA non trova nulla da aggiungere o da rettificare a questa opinione del SAVIGNY. Si potrebbe anche invocare la l. 1, § 23, Dig. 39, 3, nella quale ULPIANO afferma che *ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine, vel ex iure impositam servitutem videatur;* e osservare (il che fa parte dello studio dell'usucapione) che per l'autorità della cost. 12, Codice 7, 33, si escluse persino la scienza e la pazienza del proprietario del fondo serviente, e quindi molto più si dovrebbe escludere la necessità del titolo. Ma, prima di affermare con sicurezza e dommaticamente la superfluità del titolo nell'acquisto delle servitù per usucapione, è d'uopo prendere in serio esame gli argomenti dei contraddittori e sopratutto dell'ASCOLI (1), il quale trova che « se in materia di proprietà si vogliono il titolo e la buona fede perchè la ordinaria prescrizione acquisitiva possa aver luogo, altrettanto debba ritenersi in tema di servitù ove militano le stesse ragioni, ove anzi dallo storico svolgimento dell'istituto sembra viemmeglio scaturire la necessità dell'uno e dell'altra ».

Secondo l'egregio autore sarebbe una vera ingiustizia il far soccombere il proprietario che sostiene la libertà del proprio fondo, di fronte ad un avversario che avesse posseduto *nec vi, nec clam, nec precario;* dappoichè queste tre circostanze non escluderebbero la mala fede, ed anche se la mala fede esse escludessero e se nella ipotesi ricorresse la buona fede di chi vuol prescrivere. Se il titolo è l'atto esterno che rende plausibile la buona fede e scusa l'errore, la buona fede e il giusto titolo sono inscindibili: si dice. Ma è evidente, che, per quanto in diritto noi ci vogliamo stampare una buona fede per nostro uso e consumo, essa non consisterà

(1) *L'usucapione delle servitu nel diritto romano (Arch. giuridico*, vol. 38, pag. 78 e seg.).

Digitized by Google

sempre unicamente nella errata credenza e coscienza, ma qualche volta almeno dovrà consistere nella opinione sincera di avere legalmente il diritto al quale l'esercizio corrisponde: quindi è cosa soggettiva tutta e che si rivela con segni esterni di varia specie, e può rivelarsi col titolo ed anche in altro modo non determinabile *a priori* nè in via generale per ogni ipotesi di fatto. Anche l'errore di diritto, quando è dimostrato, può essere base della buona fede: poichè qui non si tratta di scusare l'esercizio della servitù (chè allora l'errore di diritto non fornirebbe scusa), ma bensì di comunicare ad un tale esercizio una efficacia che di per sè non avrebbe. Se vi fosse un titolo che davvero giustificasse l'esercizio della proprietà o della servitù, la proprietà o la servitù sarebbero costituite per il titolo e non per l'esercizio; e d'altra parte un titolo avuto *a non domino* è sanabile (o tale almeno lo ritenne la giurisprudenza alla quale il nostro Codice fu inspirato) e sanabile appunto dal lungo esercizio, ma non può sanare il lungo esercizio, qualora questo si riconosca abusivo in senso assoluto e degno di riprovazione per sè, anche se non aggravato da violenza, da clandestinità, da precarietà. Il medico deve cominciare col curar sè stesso, e poi curerà gli altri: se il titolo è imperfetto o claudicante (altrimenti basterebbe a sè stesso senza il lungo esercizio) non può certamente rafforzare il valore dell'esercizio. Uno zoppo non può sostenere un altro zoppo, altrimenti entrambi precipiteranno nel fosso: di due imperfezioni non si è mai riuscito a comporre un essere perfetto. Probabilmente quindi la definizione del SERAFINI è insufficiente e non soddisfa ai desiderati della costruzione scientifica del giusto titolo o del titolo in generale e delle sue funzioni nell'organismo della usucapione. Ma l'ASCOLI adduce argomenti più gravi e più specifici. Se per la legge *Scribonia* rimase *sublata* la vecchia *usucapio servitutum*, e per diritto pretorio sorse di nuovo e sotto altra forma, i pretori e i giureconsulti (dice l'ASCOLI) non poterono, ammettendo una *longi temporis praescriptio*, anzichè circondarla di nuove cautele, accordarla invece con maggior larghezza che per le cose corporali e fare astrazione dai due requisiti essenziali di essa (buona fede e giusto titolo), la

Digitized by Google

quale in sostanza risultava accordata *contra legem:* e ciò tanto più, inquantochè coll'assenza dei vizi di clandestinità, precarietà e violenza si veniva altresì a richiedere una *iusta possessio.* Evidentemente, però, anche questa argomentazione è malsicura.

La filosofia della storia giuridica anche nel diritto romano ci rende possibile tale una giurisprudenza, che un dato istituto pria si ritiri quasi in sè stesso, e poi, come mosso da novello slancio, riprenda più vigorosamente il suo sviluppo e giunga là, dove non sarebbe mai forse pervenuto, se avesse proseguito sulla via della sua lenta evoluzione. È superfluo approfondire le molte controversie storiche sulla *lex Scribonia:* l'equità pretoria ha cominciato e proseguito a camminare per conto proprio; e quanto più le leggi sono rigorose, altrettanto è più facile violarle. Il silenzio dei testi intorno al titolo non è poi ad ogni modo una circostanza tanto indifferente, di fronte al pericolo di malintesi e di erronee interpretazioni: se mai fosse stato il caso per i giureconsulti di chiarire la posizione giuridica dell'istituto, questo sarebbe stato. I giureconsulti tacquero, e il loro silenzio fu più eloquente che mai. Ma ammettiamo pure che un tale silenzio debba considerarsi come del tutto indifferente e non decisivo nè per l'un senso nè per l'altro. L'Ascoli confuta l'argomentazione dell'Hoffmann che, una volta trasferita la servitù per un titolo d'alienazione della proprietà sul fondo dominante, l'acquirente del fondo per giustificare le sue pretese di servitù attiva sul medesimo non abbia d'uopo di dimostrare l'esercizio della servitù a lui trasmessa col fondo: e basti ch'egli eserciti a un punto qualunque la servitù *nec vi, nec clam, nec precario,* ossia colla persuasione che il proprietario vero o presunto del fondo serviente non farà opposizione alcuna. Egli dice che nell'alienarsi del fondo dominante non si costituisce la servitù, ma soltanto se ne trasmette l'esercizio insieme colla proprietà del fondo dominante medesimo: quindi non si tratterebbe di titolo d'acquisto. E noi osserviamo che appunto qui non trattasi di titolo di acquisto della servitù, ma di titolo d'esercizio, dal momento che l'esercizio è personale e spetta al possessore legittimo del fondo dominante o a nome proprio o in nome e luogo

Digitized by Google

del proprietario suo dante causa che ne ha acquistato il diritto nel modo testè indicato, ossia mediante acquisto della proprietà del fondo dominante. La dichiarazione poi dell'esistenza della servitù fatta nell'atto di alienazione dal proprietario del fondo dominante, certo, nulla aggiunge all'esistenza obbiettiva e reale della servitù stessa e nulla toglie a quella non-esistenza obbiettiva e reale.

Praticamente la cosa può andare nel modo seguente. Si tratta di tre proprietari vicini: *A*, *B*, *C*. È notorio per le vicinanze che con o senza titolo *A* transita sul fondo confinante di *B* a suo piacere: e naturalmente lo sa anche *C*, altro proprietario vicino. *C* acquista il fondo da *A*, senza che questi abbia cura di fare inserire nel contratto che trasmette il fondo con ogni servitù attiva e passiva, e nemmeno espressamente colla servitù attiva di passaggio sul fondo di *B*. L'esercizio della servitù sul fondo di *C* è tuttavia trasmesso da *A* a *C*, del pari che se dell'esistenza della servitù o dell'esercizio di essa fosse stato fatto cenno nel contratto di alienazione: tale e non altra essendo la forza del diritto reale. Insomma il titolo d'acquisto per il fondo è titolo d'esercizio per la servitù: e, siccome qui si tratta di acquisto della servitù per effetto del lungo uso (poichè questo e non altro vuol dire l'usucapione), la servitù potrà finire coll'esser acquistata da *C*, congiungendo il suo esercizio con quello precedente di *A*. Una sola cosa *C* dovrà provare: che il suo esercizio è legittimo e non è abusivo. E questo lo proverà sia colla dimostrazione del *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, come colla documentazione della provenienza in lui della proprietà del fondo dal proprietario precedente. Se il contratto di alienazione del fondo fosse anche contratto di trasmissione o di alienazione della servitù, questa dovrebbe ritenersi precostituita al titolo: quindi, anche riuscendosi a dimostrare che *A* in origine esercitava il passaggio sul fondo di *C*, non si proverebbe con questo che la servitù preesisteva e che fu trasmessa per il titolo di trasmissione della proprietà. Nel trasmettere la proprietà del suo fondo *A* non trasmette a *C* che il diritto di aggiungere, in caso di continuazione nello esercizio della servitù, al periodo utile per la prescrizione acquisitiva compiuto dal suo autore il periodo utile ch'egli

Digitized by Google

si accinge a compiere e sta prolungando di giorno in giorno: in altri termini si compie una specie di *accessio possessionis* da *A* a *C*, fino a che *B* è risvegliato dagli effetti della usucapione di *C*, il quale giustamente allora pretende di convertire il suo esercizio in fermentazione di diritto in esercizio legittimo di un diritto già maturo e completo, di un diritto che non ha più bisogno di esercizio se non in quanto gli è necessario per mantenersi e non favorire col non-uso l'*usucapio libertatis* del fondo serviente. Dunque la stessa obbiezione dell'ASCOLI all'HOFFMANN, quantunque superficialmente giusta, tuttavia è la migliore riprova della inutilità anzi della impossibilità di un titolo per giustificare l'acquisto della servitù a mezzo dell'usucapione. Usucapione e titolo d'acquisto cozzano: perchè quando vi è titolo non vi è bisogno di esercizio se non a scopo conservativo del diritto; e, quando vi è esercizio, nessun altro titolo può richiedersi se non quello che giustifica la congiunzione dell'esercizio dell'avente causa con quello del dante causa al quale si possa attribuire un *iustum initium*. Laonde, escluso che il titolo valga a corroborare la *longa consuetudo* o *vetustas*, non resterebbe il titolo che come rivelazione esterna della buona fede in acquisto *a non domino* della servitù stessa; ossia allorchè si acquista la servitù da chi non è proprietario del fondo serviente, ritenendolo invece veramente proprietario. In tale ipotesi peraltro, che, come vedemmo, è stata vagheggiata ed applicata dalla giurisprudenza moderna e dalla nostra legislazione civile, il titolo è claudicante, ma è sanato dal lungo esercizio: e così il lungo esercizio, in sostanza, non è per sè principalmente mezzo di acquisto della servitù, ma coopera in via complementare col titolo claudicante stesso per sanarne i difetti e renderlo atto all'acquisto della servitù per titolo di costituzione.

70. Sull'interpretazione dell'espressione *docere de iure* (L. 10 pr., Dig. 8, 5) si è divagato in un pelago di sottigliezze non di rado poco concludenti. Il *diuturnus usus* e la *longa quasi possessio* (nota ULPIANO) conferisce un'azione utile a chi dimostra di avere per un dato numero di anni posseduto la servitù stessa *nec vi, nec clam, nec precario*, senza che

Digitized by Google

sia necessario far delle ricerche o dare delle giustificazioni *de iure quo aqua constituta est.* Insomma qui s'intende proprio parlare dell'*usucapio* come modo d'acquisto di per sè, indipendente dal diritto e derivante solo dal fatto che abbia attitudine a produrre conseguenze giuridiche: poichè in questa ipotesi il fatto precede il diritto, mentre nell'altra ipotesi lo segue. *Docere de iure* è un'espressione generica che si può riferire a qualsivoglia ricerca giuridica sulla originaria costituzione della servitù, non solo a mezzo di un titolo apposito, ma anche a mezzo della destinazione del padre di famiglia, risultante da un titolo di traslazione della proprietà. Inutile quindi perfettamente fare delle ricerche sulla distinzione di *titulus* e *ius* nelle fonti: il restringere la necessità di una costituzione della servitù *iure* alla sola dimostrazione che sia stata costituita *a domino*, come volle il DUARENO, è una interpretazione arbitraria che sembra fatta apposta per accomodar le cose e che non può essere giudicata come generale e generalmente estensibile a tutti i casi nei quali si possa parlare di servitù costituita *iure.* Non fa ostacolo l'*utilis actio*, perchè questa è la caratteristica dell'origine pretoria dell'istituto: origine pretoria della quale del resto nessuno dubita, come nessuno dubita che col tempo l'*utilis actio* divenisse un'azione ordinaria al modo delle altre ordinate alla tutela di un diritto reale; nè vi è d'uopo d'invocare figure retoriche per la sostituzione di *ius* a *titulus.* Del resto la costituzione di una servitù *a non domino* e la costituzione di una servitù *a domino* non differiscono per nulla tra loro, se e quando il *non dominus* in seguito diventi *dominus* del fondo al quale il titolo della costituzione si riferisce: quindi se tutto lo *ius* al quale ULPIANO allude dovesse consistere nell'acquisto *a domino*, assai problematica sarebbe non pure l'opportunità e l'esattezza, ma la stessa conclusione del frammento. Così pure l'inciso — *ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, nec clam, nec precario possedisse* — anche se non è un'aggiunta dei compilatori (come si potrebbe credere dalla poco classica frase dell'*ut* coll'*ostendat* e dal senso dell'*ut* da tradursi *purchè*), non guasta nulla: la dimostrazione del fatto che produce il diritto rimanendo sempre contrapposta alla dimostrazione del diritto che precede il fatto.

Digitized by Google

Gli avversari della superfluità del titolo adducono anche la cost. 12, Cod. 7, 33, nella quale si accenna al *bonum initium possessionis* come requisito della *longi temporis praescriptio* e si estende espressamente un tale requisito alle cose incorporali che *non soli sunt* ma *in iure consistunt*, cioè allo usufrutto ed alle altre servitù. Ora, si dice, *bonum initium possessionis* non può darsi senza buona fede, e questa è indubbiamente inseparabile dal giusto titolo: dunque il giusto titolo è indispensabile per l'usucapione delle servitù. Secondo noi, a parte pure l'osservazione che *bonum initium possessionis* potrebbe consistere anche semplicemente nel possesso *nec vi, nec clam, nec precario* senza altre rivelazioni di buona fede e senza la speciale circostanza del titolo, è decisiva la controsservazione che il *bonum initium* non è ancora titolo di costituzione della servitù, perchè la servitù rimane costituita alla fine e non al principio della *longi temporis praescriptio* e dello stato di fatto corrispondente al suo materiale esercizio. Quindi il *bonum initium* non ha che fare col titolo di costituzione.

È la tolleranza del proprietario del fondo serviente una circostanza effettivamente sostituibile al titolo di acquisto, permodochè o la tolleranza o il titolo possano dare efficacia giuridica alla *longa consuetudo?* Si argomenta per l'affermativa dalla cost. 2, Cod. 3, 34, che ammette in un caso speciale presentato all'imp. rescrivente l'acquisto *tempore* della *servitus aquae ducendae* nell'ipotesi *si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti.* Ma si risponde che qui la *scientia domini* non è che una forma del *nec clam* e che all'infuori di questa la *scientia o patientia domini* non ha altra funzione (e questa surrogatoria) se non rispetto alla *traditio,* come dalle l. 11, § 1, Dig. 6, 2; l. 3, Dig. 7, 1; l. 20, Dig. 8, 1; l. 16, Dig. 8, 5, anche nella costituzione della servitù. Però noi già vedemmo quanto fosse problematica, almeno nel diritto classico, la costituzione della servitù in forma di tradizione simbolica del diritto: questa tradizione non potè essere che un residuo, uno strascico dell'antica *mancipatio* e non potè durare oltre il tempo della possibile materializzazione di questo mezzo di trasferimento. Noi possiamo ritenere che nella l. 11, § 1, Dig. 6, 2, ULPIANO intenda

Digitized by Google

riferirsi alle vetuste costituzioni di servitù *per traditionem* e non ad un modo contemporaneo di costituzione della servitù. Quindi la surrogazione della *scientia* alla *traditio* non può ritenersi, se pure è vera, tranne che in senso di sostituzione successiva o per successione e non di sostituzione di una forma contemporanea ad altra forma contemporanea: e oltre a ciò (su questo però non ci è dato dilungarci) questa sostituzione si deve intendere come relativa in modo speciale all'*actio publiciana* e all'esercizio di essa; anche se la *patientia* debba interpretarsi come una forma del titolo *pro donato*, il quale però troverebbe un ostacolo fortissimo nel fondamento teorico unico e correlativo della prescrizione acquisitiva e della estintiva. L'*usucapio pro donato* dovrebbe ad ogni modo avere il suo titolo speciale di donazione, diverso dalla semplice tolleranza che si confonde col trascorso del tempo: quindi maggiore ostacolo alla surrogazione della *patientia* al titolo dove e titolo e *patientia* occorrono. Per noi dunque non ci è bisogno alcuno di cercare dei surrogati al titolo là dove il titolo non occorre; tanto più che il titolo, materializzabile con forme e senza forme, è una specie giuridica la quale difficilmente si presta ad essere surrogata per succedanei od equivalenti: o vi è o non vi è, ma dev'esserci e deve avere un'esistenza propria tutte le volte ch'esso è richiesto. In diritto nostro poi, per l'argomento invincibile desunto dal confronto dell'art. 629 coll'art. 2137 Cod. civ., il titolo non occorre alla vera prescrizione della servitù, cioè a dire all'usucapione trentennale, che si compie in un modo tutto proprio e indipendente. S'intende però che la buona fede di cui all'art. 2137 racchiude in sè i segni dell'animo onesto nel quasi-possesso della servitù, ossia la parte corporea del quasi-possesso stesso, rispondente ai tre requisiti *nec vi, nec clam, nec precario:* perciocchè deve ritenersi che anche il quasi-possesso come il possesso debba estrinsecarsi *corpore et animo*, rispondendo la *bona fides* più specialmente all'*animus* anzichè al *corpus*, ma traducendosi in questo e nelle esterne manifestazioni di esso quasi come in altrettante manifestazioni proprie. Ma esso art. 2137 non esamina l'acquisto per prescrizione, bensì l'effetto che produce il tempo nella regolarizzazione di un titolo proveniente *à*

Digitized by Google

non domino, il quale per questo solo sarebbe claudicante. S'intende che questo si riferisce in modo speciale all'acquisto delle servitù e che del resto tra la servitù e qualsivoglia altro diritto reale per questo riguardo non v'è differenza quanto al mezzo escogitato dalla legge per dar valore al titolo coordinandogli in sussidio la lunga osservanza, appoggiata e sorretta da una buona fede iniziale.

71. L'art. 2137, nel determinare il valore del titolo accompagnato dalla osservanza, non distingue tra diritto reale e diritto reale, nè tra servitù e servitù; quindi vuolsi intendere applicabile tanto alle servitù continue ed apparenti quanto alle discontinue e non apparenti: prova ulteriore questa (se ne occorresse) che il titolo ha qui la prevalenza sul decorso del tempo, e che non di vera prescrizione si tratta, ma più propriamente di sanatoria dei vizi del titolo stesso, purchè questi vizi non siano di quelli che espressamente l'articolo dichiara insanabili, ossia purchè non si tratti di titolo non trascritto o di titolo nullo per difetto di forma. La legge tiene molto alle nullità comminate per ragione della forma e alla mancanza di trascrizione del titolo; tanto da ritenere il titolo stesso colpito da nullità insanabile e come inesistente, qualora esso manchi di forma e di trascrizione: e questo si spiega con i motivi d'ordine pubblico che consigliarono, più o meno plausibilmente, l'introduzione di simili forme sotto pena di nullità. Non poteva infatti senza contraddizione il legislatore prescrivere da un canto che l'atto è nullo e come inesistente in difetto di tali forme, e dall'altro canto renderne possibile la sanatoria per mezzo del decorso del tempo, anche se non faccia difetto la buona fede. Ma quale sarà dunque il vizio o l'imperfezione del titolo, che può esser sanato a mezzo della buona fede congiunta alla decennale osservanza? Dicemmo già che senz'altro e a prima vista risulta appartenere alla categoria dei titoli sanabili un titolo di acquisto della servitù *a non domino*, che si ritenga in buona fede *dominum esse*. Non è infatti a pretendersi che, ogniqualvolta noi acquistiamo una servitù da persona la quale si trova in possesso del fondo che intendiamo renderci serviente, noi dobbiamo richiedere al possessore la giustificazione della

Digitized by Google

sua proprietà, per vedere se egli può disporre della costituzione della servitù stessa. L'entità dell'affare non sempre giustificherebbe una tale diffidenza tra vicini che si sono sempre trattati da proprietario a proprietario del fondo rispettivo: d'altra parte le condizioni stesse della vicinanza producono uno stato di notorietà, sul quale non v'ha chi non faccia un discreto affidamento. Conviene rispettare l'ingenuità di questo errore e giustificare la buona fede nelle rette intenzioni dell'acquirente la servitù; dappoichè appunto la buona fede non sia che uno stato dell'animo che si ripercuote nella volontà attuosa in atto giuridico, non più che onestà morale ripercuotentesi nel campo dei negozi di diritto. Questa buona fede, come rende atto il *bonum initium* dell'osservanza pratica a germogliare in rampollo di prescrizione considerata come titolo a sè per l'acquisto della servitù, così trae l'osservanza stessa, anzi per un decorso minore di tempo, a costruire il titolo idoneo e a sanarlo, acciocchè di per sè produca quegli effetti che il tempo senza di esso non può produrre. Uno è il principio, una è l'importanza della buona fede, comechè manifestata in due funzioni o costruzioni giuridiche diverse: essa non costituisce un elemento esterno strutturale a sè, ma informa e caratterizza gli elementi esterni e dà ad essi un significato giuridico piuttostochè un altro, perchè li riporta ad una o ad altra determinazione morale. Non v'ha titolo, per quanto chiaro ed esplicito, che non richieda il consorzio della buona fede per essere valido: la differenza sta in questo, che talvolta buona fede si ritiene fino a che la mala fede non è provata (e questo anzi in generale); tal'altra la buona fede dev'essere provata per corroborare il titolo, e questo è il caso dell'art. 2137. Ma, se il titolo non asconde in sè imperfezioni o deficienze, esso è per sè sufficiente a produrre effetti costitutivi di servitù; ed allora non è il caso di ricorrere all'art. 2137, che considera il titolo come elemento d'imperfezione. Però, esaminando l'art. 2137, si venne a dire che il titolo, per valere anche corroborato dal lasso di tempo, dev'essere giusto, ossia idoneo a produrre quei determinati effetti giuridici che da lui si ripromettono in ordine alla costituzione della servitù; in altri termini deve essere un titolo idoneo all'acquisto della servitù, a parte il

Digitized by Google

quasi-possesso della servitù stessa. Ma titolo di trasferimento della proprietà è naturalmente anche titolo di trasferimento delle servitù, le quali, per così dire, a quella proprietà sono inerenti: e quindi, anche se proveniente *a non domino*, quando concorra la buona fede, può costituire la base d'una prescrizione decennale. Un titolo d'acquisto del possesso del fondo, indipendentemente dalla proprietà di esso, può costituire titolo d'acquisto della servitù a quello stesso fondo, per così dire, inerente.

L'usufruttuario possiede la cosa usufruita: possiede egli egualmente le servitù prediali che a quella cosa sono congiunte? Nè la domanda è oziosa, perchè si traduce, in fondo, nel richiedere se l'azione negatoria o la confessoria competa a lui o al proprietario del fondo, di cui egli ha l'usufrutto. Certamente, in quanto tali azioni sono quasi-possessorie e cioè hanno rapporto col quasi-possesso ed esercizio della servitù, non è dubbia la conclusione nel senso che l'usufruttuario possa sperimentarle per diritto proprio sulla cosa alla quale esse servitù attivamente spettano. Lo stesso dicasi per l'enfiteuta e per chiunque vanti sul fondo dominante un diritto reale esclusivo o limitativo di quello del proprietario o del domino diretto: la questione potrà essere se queste azioni competano direttamente ovvero utilmente (e ciò in ispecie per la storia e per la dommatica del diritto romano), ma non si possono negare all'esercente il diritto di utilizzazione del fondo; appunto ed anche perchè il proprietario, almeno per il momento, non avrebbe interesse diretto e presente di servirsene e molte volte non se ne servirebbe fuorchè stimolato dall'avente il vero interesse nell'utilizzazione del fondo dominante stesso, in rapporto all'esercizio della servitù. Ma l'avente interesse, siccome è titolare d'un diritto reale, dev'essere indipendente da qualsiasi ingerenza del *dominus proprietatis* o del domino diretto, nell'esercizio di tutte quelle azioni che stanno a tutela del quasi-possesso del suo diritto: quasi-possesso dunque autonomo e indipendente da un eventuale contemporaneo possesso del proprietario sul fondo dominante. Questa sua indipendenza appunto deriva dal fatto che l'avente interesse, per l'esercizio della servitù, gode di un titolo diverso e più efficace di quello che possiede il pro-

Digitized by Google

prietario, appunto perchè questi ha a lui ceduto l'esercizio della servitù e questo esercizio col relativo quasi-possesso ormai spetta a lui *iure proprio*. Il proprietario non potrebbe giustificare un suo intervento se non a scopo conservativo, ossia ad ogni modo indirettamente; quando cioè potesse validamente argomentare che il non-esercizio della servitù cagionasse un deterioramento nel valore del fondo, grazie al quale i suoi interessi come proprietario o proprietario nudo (a seconda dei casi) terminassero coll'essere danneggiati. Ma in tal caso, secondo i principî generali, egli verrebbe ad esercitare l'azione reale spettante a colui che esercita la servitù, quasi mutuandola da costui nel proprio comprovato interesse, dappoichè il quasi-possesso della servitù non può essere in due persone ad un tempo su di uno stesso oggetto. Il titolo, ch'è titolo di quasi-possesso di servitù, ha appunto questa efficacia di creare un'azionabilità a sè, quando è idoneo alla costituzione d'una servitù, anche se per la costituzione stessa non sia apposito, ma la implichi e la comprenda nel contenuto di un diritto maggiore ch'esso costituisca o trasferisca. Vero è che qui conviene distinguere il possesso del fondo dominante dal quasi-possesso della servitù, cioè della utilità o dell'attitudine del fondo serviente ch'entra in funzioni di servitù. Il quasi-possesso della servitù si distingue dal possesso del fondo serviente ossia del fondo ch'è deputato alla prestazione della servitù; il possesso della servitù invece è inscindibile dal possesso del fondo dominante, perchè altrimenti esso non sarebbe un diritto reale. Nè la proprietà senza l'esercizio di essa, congiunto al possesso del fondo dominante, potrebbe bastare per l'esercizio dell'azione quasi-possessoria procedente dall'esercizio della servitù stessa; nè il quasi-possesso della servitù potrebbe concepirsi senza il possesso del fondo dominante, a meno che si volesse ferire nel cuore l'esistenza stessa del vincolo reale, che nelle servitù prediali si concentra tutto sul rapporto da fondo a fondo. Dunque il titolo della servitù può anche essere in mano di persona diversa da quella che tiene il titolo della proprietà, ma non in mani diverse da quelle che posseggono il fondo dominante: se esso è imperfetto, può col lungo esercizio rendersi valido; se non esiste affatto, in talune condizioni spe-

Digitized by Google

ciali, un esercizio ancor più lungo può tenerne le veci. Il titolo però, come titolo, deve includere non solo l'acquisto della servitù nei rapporti col fondo serviente, ma anche l'acquisto per lo meno del possesso (se non della proprietà) del fondo dominante: possesso che solo rende attuabile l'esercizio della servitù prediale sul fondo serviente, appunto in grazia del rapporto reale sul quale la servitù prediale si incardina. Che questo possesso del fondo dominante si debba poi all'esercizio esterno del diritto di proprietà piena o del diritto di dominio utile, o del diritto di usufrutto, è del tutto indifferente. Ma nei rapporti col fondo serviente non basta il titolo neppur di dominio sul fondo dominante per autorizzare l'esercizio d'una servitù, altrimenti non costituita per usucapione, anche quando si tratti di fondi vicini: occorre proprio un titolo adatto e apposito per l'esercizio della servitù. Con un titolo siffatto non vi sarà bisogno di lunga osservanza o di lungo esercizio, quando però esso titolo sia completo e perfetto in sè e pienamente idoneo alla costituzione del diritto di servitù. L'osservanza e l'esercizio, in raffronto con un titolo valido, potranno soltanto dar diritto a certe date modalità di esercizio che l'esercente del diritto di servitù possa ritenere a sè più giovevoli, oppure che il sofferente un tale esercizio potrà allegare come meno gravose: il titolo e il nocciolo della servitù restano dunque fermi quali risultano dalla volontà dei costituenti tradotta in un documento durevole. Al titolo poi non susseguito dalla relativa osservanza si applicano tutte le regole generiche e specifiche relative alla inosservanza dei titoli, alla loro inesecuzione: avuto riguardo però alle varie specie di servitù stesse per il loro esercizio, e cioè soprattutto all'essere esse continue o discontinue, apparenti o non apparenti.

Digitized by Google

CAPO II.

Specie diverse.

72. Requisiti del titolo ed in ispecie sua sufficienza oggettiva. — 73. Esclusione della lesione nella costituzione di servitù. — 74. Costituzione per contratto: se possa farsi a titolo di precario. — 75. Costituzione di servitù per riserva. — 76. Costituzione della servitù per aggiudicazione.

72. Il titolo costitutivo d'una servitù anzitutto dunque può essere generico o specifico, implicito od esplicito. Si può peraltro con un titolo pattuire tra due parti, in ragione della vicinanza di due fondi, che uno di questi due fondi presti o fornisca all'altro, in presente e in futuro, tutte quelle servitù che potranno recare una qualche utilità al fondo stesso in riguardo alla sua destinazione e alle trasformazioni della sua destinazione stessa? A nostro modo di vedere, una tal forma di costituzione, così indeterminata, così generica, non può appagare i voti della legge e della giurisprudenza. Si ponga infatti a riscontro la grande elasticità del concetto di utilità e di servigio utile colla opportunità ed anzi colla necessità stessa di restringere la servitù, considerata quale essa è come limitazione del diritto di proprietà, nei termini dello strettamente necessario e del minore incomodo pel fondo serviente. D'altro canto, e per giunta, ammessa per un momento la costituzione generica d'una o più servitù in questi termini, si finirebbe sempre col dover ricorrere al ministero del giudice; perchè, evidentemente, il proprietario del fondo dominante si studierebbe di continuo per realizzare l'esercizio delle proprie utilità in una destinazione a base di continui appetiti verso il lucro, senza preoccuparsi troppo della conciliazione del proprio coll'interesse dell'altra parte; mentre il proprietario del fondo serviente dovrebbe da suo canto lottare ad ogni passo per evitare le sopraffazioni del proprio contraente, divenuto per forza di cose avversario. Nell'esecuzione di un tale contratto è praticamente assurdo attendersi da una parte e dall'altra la buona fede: e quindi ad ogni passo deve essere necessariamente richiesto l'intervento del giudice per

Digitized by Google

dirimere la controversia, frenando i disordinati appetiti da una parte e dall'altra. Questo è però il migliore indizio della inattuabilità pratica di un negozio giuridico: il continuo intervento del giudice per la sistematica e perenne discordia tra le parti e la continua diffidenza e cozzo non pur funzionale ed estremo, ma sostanziale ed intimo, tra il dominante e il serviente, e la difficoltà gravissima nel giudice di conciliare un beneficio illimitato da una parte con una sofferenza limitata dall'altra parte. Dal punto di vista giuridico poi vi è una difficoltà anch'essa invincibile per la costituzione del rapporto, inquantochè nessun corrispettivo sembra possa fin dapprincipio adeguatamente designarsi o determinarsi in seguito con piena coscienza d'interpretare la volontà dei contraenti, nell'ipotesi di aumento degli oneri: nè alcun corrispettivo, anche proporzionato alla quantità dei servigi attuali resi dal fondo serviente al dominante, potrebbe corrispondere in tutto al depreziamento che il fondo serviente subisce nel mercato immobiliare e in rapporto al suo valore venale. Allora, in effetto, si avrà un'utilità od una serie di utilità senza corrispettivo vero, perchè il corrispettivo sarà soltanto parziale o inadeguato: in altri termini si avrà un contratto indeterminato, nel quale non si potrà mai giungere a conoscere quanto una delle due parti metta in sacrifizio e guadagni in ricompensa. È egli possibile un tale contratto? Giuridicamente ed economicamente non è possibile per certo, perchè non può attuarsi in buona fede e di pieno accordo e neppure offre quegli estremi di certezza e di determinazione, che rappresentano il minimo per un determinato negozio giuridico, seriamente ideato e volonterosamente condotto ad una finalità economica e patrimoniale; che anzi è d'uopo supporre che fin dapprincipio le parti abbiano divisato di stringere tra di loro un rapporto giuridico col proposito e nella chiara previsione d'ingannare l'una di esse l'altra, senza vera coscienza della propria posizione e della quantità dei propri obblighi od impegni. Mancando la quantità e la proporzione del corrispettivo, ed essendo anche indeterminata la quantità degli obblighi, un titolo che portasse impegno di tollerare per allora e per l'avvenire l'esercizio di tutte le servitù che possono essere imposte sul nostro fondo a favore

Digitized by Google

di un fondo altrui, verso il compenso, p. e., di tremila lire pagabili una volta tanto o verso un compenso determinabile da un terzo volta per volta, cioè ad ogni costituirsi di una servitù nuova, sarebbe costitutivo di un contratto impossibile, inattuabile, vano. O si avrebbe un corrispettivo determinato per un servigio o per una serie di servigi indeterminati e mai intieramente determinabili; oppure e corrispettivo ed entità di servigi sarebbero del tutto indeterminati dapprincipio, permodochè noi non sapremmo con certezza affermare che siasi voluto o potuto andare per tal modo più in là di un semplice *pactum de contrahendo* o contratto preliminare ma non definitivo nè completo, e neppure bastevole a determinare il contenuto pratico del negozio giuridico di cui con esso si gettano le basi o si vorrebbero, almeno, gettar le basi. Richiedendo in quella vece che nel titolo costitutivo della servitù si determini e la qualità del servigio che si domanda e la quantità del corrispettivo, noi ci manteniamo nei limiti dello stretto necessario e del minimo mezzo rispetto al contemperamento delle varie destinazioni di due o più fondi vicini col menomo disturbo e squilibrio della piena proprietà dei fondi; talchè sin dapprincipio si sappia e si conosca lo scopo della limitazione e la sua portata e si possa anche determinare se essa servitù sia davvero costituita a servigio del fondo dominante o se in essa v'abbia qualche cosa che esorbiti dai limiti del servigio dei fondi e che rientri in un campo vieto alle servitù prediali, vale a dire nel campo dei servigi e dell'utilità personale diretta e indipendente dalle funzioni e dagli uffici dei fondi.

Il titolo costitutivo della servitù deve avere un oggetto determinato o determinabile, nei modi tutti che sono dalla legge riconosciuti ed ammessi, ossia anche per ministero di un terzo: però anche questo titolo deve guardarsi con una certa diffidenza, fino a che esso non sia completato nel detto modo, cioè a dire mediante la determinazione specifica dell'oggetto e del contenuto della servitù. Fino a questo punto, vi è quasi poco più che una promessa di contratto: certo non vi è più di un contratto sotto condizione sospensiva per la determinazione dell'oggetto e del contenuto. E, come un contratto di questa specie è sempre possibile, anche all'in-

Digitized by Google

fuori della costituzione d'una servitù, nulla vieta che sia possibile allorchè si tratta della costituzione d'una servitù, con effetto immediato o a termine. Questo titolo non sarebbe già soltanto perciò claudicante, ma varrebbe per quel che vale in sè stesso e nel suo contenuto, perfetto nei limiti della sua efficacia e completo nell'obbiettività sua, esso contiene la causa e l'obbietto d'una servitù, deve avere attuazione senza altro e per intiero, vuol dire che, se include una condizione o una risoluzione condizionale (condizione sospensiva o risolutiva), si applicano i principî generali di diritto sulla condizione e sull'efficacia e sulla portata della condizione stessa, senza che vi sia d'uopo di escogitare delle norme speciali. Beninteso che, trattandosi di vera condizione ossia di condizione sospensiva, il vincolo reale non sorge se non al verificarsi della condizione; non dovendosi prima di quest'epoca avvertire altro fuorchè una semplice aspettativa di un diritto. Il titolo può anche essere a termine, ed in questo caso evidentemente si applicano le disposizioni relative alla costituzione di diritti a termine: è d'uopo attendere il sopravvenire del termine prefisso, perchè possa la servitù dirsi costituita nel senso vero e proprio del rapporto giuridico perfetto. Quanto ai requisiti del titolo, evidentemente debbono essi concorrere se ed in quanto sono necessari in genere per la validità di un titolo; e così la data e la firma hanno quel valore che hanno e debbono avere negli atti privati dai quali sorge qualsivoglia diritto od obbligazione. L'oggetto del contratto, ossia della servitù, deve risultare da questo titolo scritto: e però uno dei requisiti essenziali e dai quali non si può prescindere è che da questo atto senz'altro risulti o che per esso possa determinarsi senza sforzo qual sia il fondo dominante e qual sia il fondo serviente nella servitù di cui si tratta, ossia quale debba ritenersi l'oggetto attivo e quale l'oggetto passivo del diritto stesso. Se dal titolo, comecchè apparentemente ed espressamente diretto alla costituzione di una servitù, risultasse invece la costituzione di un diritto diverso, si dovrebbe stare al contenuto reale e dire per questo caratterizzata ed in questo consistente l'indole della servitù; la servitù prediale richiede rapporti da fondo a fondo per una causa perpetua, e, se tali rapporti mancano o tale causa

Digitized by Google

effettivamente non vi è, piuttostochè una servitù prediale, deve dirsi costituita una servitù personale o costituito quell'altro rapporto giuridico che meglio risponde al contenuto dell'atto secondo la volontà delle parti alle quali si deve il negozio giuridico relativo.

73. Distingueremo sostanzialmente la costituzione della servitù per negozio *inter vivos* o per negozio *mortis causa.* Una servitù può essere costituita per negozio tra vivi o a titolo oneroso o a titolo gratuito; ed anche quindi per donazione. Quando è costituita a titolo oneroso, può esservi lesione tra il valore reale del servigio che ne costituisce il convenuto ed il valore del corrispettivo: in tal caso sarà applicabile l'art. 1529 Codice civile per la rescissione del negozio giuridico così disugualmente utile per le parti? La difficoltà sta in ciò, che l'art. 1529 parla di giusto prezzo di un immobile e non di un diritto immobiliare, nè di un diritto reale, nè di una servitù. Una tale questione naturalmente non poteva non venire in campo nella giurisprudenza, e principalmente a proposito dell'usufrutto, staccato dalla nuda proprietà del fondo: ed anche, e forse prima, la dottrina doveva preparare il terreno alla risoluzione della controversia, considerando la natura e la portata dei diritti reali da un canto e dello istituto della lesione dall'altro canto. Ma, a proposito dell'usufrutto, la questione doveva manifestarsi allo stadio acuto; perciocchè, interpretando fedelmente l'art. 1529, sembrava che l'espressione *giusto prezzo d'un immobile* dovesse riferirsi esclusivamente alla nuda proprietà e non all'usufrutto: nè sembrava difficile la spiegazione di questa differenza, sul riflesso che l'usufrutto, essendo di per sè un diritto aleatorio e con durata incerta, non potesse evidentemente costituire la base di un calcolo pecuniario per la determinazione del giusto prezzo corrispondente al suo valore. Mancando quindi la possibilità della determinazione del giusto prezzo, implicitamente viene a mancare altresì il punto di partenza per il calcolo della lesione. Però altri osservò che l'elemento aleatorio si ravvisa anche nella vendita della nuda proprietà e che perciò l'obbiezione dovrebbe estendersi anche a questa ipotesi; rimanendo così del tutto escluso che l'alienazione della

Digitized by Google

proprietà senza usufrutto o dell'usufrutto staccato dalla proprietà possano dar luogo a questo rimedio tanto equitativo quanto eccezionale, quasi come conseguenza diretta e inevitabile dello smembramento della proprietà stessa, ossia come se tale smembramento tragga seco una considerazione di sfavore od una menomazione di diritti. Gli scrittori francesi i quali sull'art. 1674 del Codice Napoleone anticiparono tutte quelle discussioni che i nostri autori fanno sull'articolo 1529 Codice civile, non considerarono tuttavia neppure essi a fondo le conseguenze di tale conclusione, nè tentarono di spiegarla; noi diremo che l'argomento non regge applicato alla nuda proprietà, perchè incerto ed aleatorio è a suo riguardo il calcolo di una futura consolidazione dell'usufrutto, ma non già il calcolo del valore o del giusto prezzo della nuda proprietà.

La nuda proprietà si può calcolare per quello che è come nuda proprietà e non per quello che potrà essere in seguito alla consolidazione dell'usufrutto e per effetto della consolidazione stessa: l'incerto è soltanto per quest'ultima parte, ed, eliminata essa, non v'è più luogo a dubitare sulla possibilità di calcolare il giusto prezzo e su questo la lesione che può produrre la rescissione dell'alienazione di qualche utilità del fondo mediante la costituzione d'una servitù per un corrispettivo assolutamente sproporzionato al valore del diritto trasmesso o costituito. Per l'usufrutto invece l'invocata incertezza sussiste davvero; però noi non possiamo egualmente invocarla per gli altri diritti *in re aliena* che siamo abituati a classificare come servitù prediali, perchè sono congiunti coi rapporti fisici da fondo a fondo; e non possiamo invocarla appunto per riguardo alla *causa perpetua* che informa tali istituti e toglie di mezzo ogni eventualità, presente almeno, di estinzione o cessazione del vincolo. Quindi è che conviene ricorrere ad altre argomentazioni e a spiegazioni d'indole più generale che quella non sia derivante dalla aleatorietà maggiore o minore e quindi dalla maggiore o minore possibilità, anche relativa, d'intraprendere un calcolo di lesione: è d'uopo per lo appunto ricorrere ai principî che regolano la distinzione dei beni. Le servitù sono da annoverarsi tra i beni immobili o tra gli immobili (le due espres-

Digitized by Google

sioni hanno il medesimo significato): e, in generale, i diritti immobiliari fanno essi parte della categoria dei beni immobili? O, se anche vuolsi specializzare e determinare la questione, può chiedersi se il rimedio specifico applicantesi alla vendita dello stesso immobile considerato come *corpus* possa applicarsi alla vendita dei diritti che rappresentano il modo di essere o le affezioni del corpo medesimo. Vale la pena di spiegarsi. L'immobile corporeo è sempre tale così prima quanto dopo la costituzione sul medesimo di una servitù, per quanto dopo la costituzione stessa desso abbia subìto una diminuzione di valore corrispondente alla utilità perduta: ma la sua natura non cambia per questo, nè la sua unità rimane perciò compromessa. Se quindi, prima della costituzione della servitù, la proprietà di questo immobile era per così dire salvaguardata col rimedio della rescissione per lesione, una tale salvaguardia non può abbandonarlo dopo costituita la servitù: ciò è indubitato. Ma accanto a questa salvaguardia che permane in esso fondo, deve sorgerne un'altra a pro della vendita della servitù da costituire o della servitù costituita?

Ecco il punto veramente centrale della controversia: se per un medesimo fondo, sotto due o più diversi aspetti e per due o più diverse evenienze e per due o più diversi diritti possano ammettersi due o più azioni distinte per rescissione a causa di lesione. La legge parla del giusto prezzo di un immobile e perciò considera l'immobile come unità corporea: ma l'immobile non potendo rappresentare che un'unità corporea sola, la unità immobiliare dovrà essere data preferibilmente dall'immobile stesso diminuito della servitù anzichè dalla servitù distaccata dall'immobile. Quindi la rescissione a causa di lesione non si avrà che una volta sola, vale a dire nella vendita dell'immobile e non nella vendita o nella costituzione della servitù che grava su di esso. È l'unità della cosa che il legislatore vuole equilibrare colla unità del prezzo, in corrispondenza economica: quindi non si preoccupa dei diritti frazionari, ma del diritto fondamentale, del diritto ottimo massimo, che normalmente si presenta come intiero e come prevalente, benchè privato di qualche frammento, ammette e suppone la possibilità di una lesione apprez-

Digitized by Google

zabile per un corrispondente ristabilimento sistematico e permanente. Si noti che quando il Codice ha voluto parificare all'immobile il diritto reale, per certe conseguenze giuridiche, lo ha detto: così nell'art. 2137 Codice civile, per la prescrizione decennale considera alla pari l'uno e l'altro, mentre nell'art. 1529 non parla che di un immobile trascurando del tutto il diritto reale. Trattandosi di una restituzione, ossia di un istituto eccezionale di diritto, il legislatore nostro ha voluto essere parco e sobrio come si conveniva per un istituto eccezionale; dappoichè nello stesso diritto romano la restituzione per lesione in diritti reali non era data o ipotizzata se non contro l'usucapione (perdita di un diritto di servitù per non uso) e non già in occasione di un contratto di costituzione ossia non in relazione ad un titolo dal quale risulti della servitù e del prezzo di essa. Evidentemente non si sapeva allora, come non può oggi concepirsi, una serie di lesioni nella vendita immobiliare di un solo ed unico oggetto: e cioè una lesione nella vendita della proprietà piena, una lesione risarcibile nella vendita della proprietà nuda, una lesione nella vendita dell'usufrutto, una lesione nella vendita di una servitù prediale ad un tempo.

Lesione se ne poteva supporre, ma non poteva per essa accordarsi senz'altro la rescissione della costituzione della servitù, ossia l'annullamento e del contratto e del titolo: perciocchè in tal modo si sarebbe venuto a dare importanza autonoma e antitetica a un istituto soltanto secondario e di creazione eccezionale e quasi subordinata, al quale più che estensiva vuolsi accordare un'influenza e una portata ristrettiva, limitatissima. Del resto, immobile e diritto frazionario di proprietà sull'immobile non sono due concetti che possano convertirsi uno coll'altro: l'immobile è un oggetto materiale di diritto, mentre il diritto frazionario è diverso dal suo oggetto e non ha per oggetto se non una particolare attitudine, un particolare sfruttamento, una particolare destinazione dell'immobile, ma non l'immobile esso stesso come corpo uno a sè stante. Per certi effetti il diritto immobiliare potrà assimilarsi all'immobile o classificarsi con esso dal punto di vista giuridico; ma per certi altri riguardi, anzi per la maggior parte dei riguardi, dovrà tenersene distinto.

Digitized by Google

Potrà il diritto immobiliare assimilarsi all'immobile perchè ed in quanto non può essere considerato nè mobile nè semovente; dappoichè non esistono altre categorie di beni da questi infuori di mobili, immobili e semoventi. Il nostro Codice civile (art. 415) considera immobili, per l'oggetto a cui si riferiscono, le servitù prediali: ma, evidentemente, le servitù prediali non sono immobili per natura nè per destinazione, e per certo vi dev'essere una differenza tra le cose immobili per natura, quelle immobili per destinazione e quelle immobili per l'oggetto al quale si riferiscono; come pure dev'esservi una differenza tra quelle cose che la legge dice essere immobili (art. 408, 410, 411, 412, 413, 414) e quelle cose che la legge reputa (art. 409) o considera (art. 415) come immobili semplicemente. Se una cosa è immobile, vuol dire che tal sua qualità le compete non per una finzione o per uno sforzo della nostra mente, ma perchè ciò è della sua essenza sostanziale: se una cosa è reputata o considerata come immobile, vuol dire che di per sè non lo è, ma che ci torna o ci conviene di rappresentarcela tale, anche perchè non possiamo rappresentarcela diversamente. Ora per certo, se si domanda doversi o no ritenere la servitù prediale immobile di per sè, la risposta non è che una sola, ed è risposta negativa: la servitù non è immobile di sua essenza, perchè non ha corpo fisico, non ha unità esteriore autonoma. Essa è bensì costituita da un modo speciale di essere del fondo dominante e del fondo serviente, ma questo modo di essere evidentemente non costituirà mai un corpo fisico a sè stante, un immobile di per sè stesso: infatti, quando pure la servitù si volesse ritenere concentrata in un titolo costitutivo o rappresentata da un titolo costitutivo, sarebbe perfettamente ridicolo il ritenere che questo titolo costitutivo sia per sè stesso un immobile. Esso non è nè l'oggetto del diritto, nè il diritto: esso è un semplice documento che prova l'acquisto del diritto, e non v'è bisogno di fingere o simulare cosa diversa da quella che effettivamente si ravvisa. L'essenziale è che si tenga sodo ai principî ed alle conseguenze: la lesione nella costituzione o vendita di servitù prediali non è ammissibile alla rescissione; si potrà dare in occasione di essa un risarcimento, ma non

Digitized by Google

potrà assolutamente accordarsi una vera e propria rescissione (1).

74. Procedendo nell'esame della costituzione delle servitù per negozio tra vivi, noi dobbiamo osservare anzitutto che una servitù prediale può costituirsi per contratto; comprendendo sotto la denominazione di contratto anche la donazione, e tanto il contratto nominato quanto un contratto innominato. La convenzione che ha per iscopo di costituire una servitù dev'esser lecita; ed evidentemente la sua liceità deve risultare dal contenuto, sia della servitù che si costituisce come del corrispettivo della costituzione di essa. Anche se il contenuto della servitù è perfettamente morale e nello scopo e nei mezzi, qualora il corrispettivo non armonizzi colle inviolabili regole dei costumi, deve ritenersi invalida e come non fatta la costituzione stessa, perchè il corrispettivo costituisce parte essenziale del contratto che fu voluto e fu fatto a titolo oneroso e non già a titolo gratuito. Se il contratto non può stare come fu posto in essere, evidentemente esso deve considerarsi come non concluso e ad ogni modo del tutto inefficace; dappoichè sarebbe anti-giuridico volergli dare efficacia come liberalità, quando liberalità non è. Del resto, per quanto la forma del contratto di costituzione della servitù sia libera, occorre tuttavia che la specie della servitù di cui si tratta non sia indicata in modo troppo generico e incerto per potersene in un modo sicuro determinare il contenuto.

---

(1) La Cassazione di Torino, 25 gennaio 1900, Sangiorgi c. Bertone (V. *Legge*, 1900, pag. 582), ritenne che l'art. 1529 parla d'immobile in via generale, senza aggiungere che si deve trattare di un immobile per natura; indicando con ciò chiaramente potersi l'azione stessa esperire contro tutti i beni qualificati immobili dall'art. 407 Cod. civ. Per lo che quella sentenza riteneva che potesse accordarsi il rimedio della rescissione anche per lesione dell'azione di riscatto di un fondo venduto (articolo 415), mentre per la stima del giusto prezzo non trovava ostacolo nell'art. 1530, potendosi desumere il prezzo stesso dalla differenza tra il valore del fondo con riserva di quel diritto e il valore di esso senza una tale riserva. Per le cose dette nel testo, evidentemente noi non possiamo aderire a questa opinione che troppo superficialmente sfiora la questione, senza penetrare nell'intima struttura dell'istituto della lesione in rapporto alla proprietà e ai diritti frazionari di essa.

Digitized by Google

Oltrechè dalle regole del senso comune, questo punto è in modo speciale dimostrato dalla l. 7 pr., Dig. 8, 4, nella quale PAOLO chiaramente ammonisce: *species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat quia incertum sit quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.* Il giureconsulto si vide dinanzi il bivio o della inutilità assoluta del patto stante la sua incertezza o della troppa e anzi inverisimile latitudine del contenuto dell'atto costitutivo. Quindi egli riteneva che si dovesse determinare la specie della servitù: determinazione la quale può farsi, evidentemente, o per mezzo della nomenclatura se si tratta di servitù nominata, o per mezzo di una perifrasi se si tratta di una servitù innominata, ossia che non può nominarsi con una delle specie consuete o abituali nè con una parola di agevole e semplice coniazione. Comunque si faccia, è dunque d'uopo che la specie della servitù sia determinata e che la determinazione ne sia sufficiente ad escludere qualsivoglia dubbio o incertezza, come accade quando si tratta della costituzione o dell'alienazione di qualsivoglia diritto o funzione giuridica. Vi è tuttavia una specie d'incertezza, l'incertezza nei dettagli o nelle modalità, che non pregiudica l'efficacia della costituzione della servitù: perchè sulle parti lasciate senza determinazione o si dispiega un tacito accordo od una intesa delle parti in forma espressa, o in difetto il giudice è chiamato a dare la sua autorevole pronunzia, come accade per ogni diversa specie di convenzione. Altro requisito della costituzione della servitù sta in ciò, che la revocabilità di essa non sia facoltativa nel concedente.

Questo divieto si suole abitualmente tradurre nel divieto del precario di cui parla PAPINIANO in l. 17, Dig. 8, 4: per quanto non sia senza pericolo affrontare la costruzione contrattuale del precario, o anche partendo dalla nozione di ULPIANO che *precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tandiu quandiu is qui concessit patitur* (L. 1 pr., Dig. 43, 26); perchè una tal nozione, confrontata col possesso illegittimo, e perciò inadatto all'usucapione, del precarista, al quale si nega ogni sorta di tutela giuridica mentre la tutela si accorda al concedente, offre delle difficoltà gravissime. Tuttavia fu detto potersi applicare il precario anche al quasi-

Digitized by Google

possesso delle servitù, come se un tale quasi-possesso non dovesse anch' esso rivestire i caratteri della legittimità. Il RUGGIERI (1) crede di vedere nella l. 2, § 3, Dig. 43, 26, adombrato un possesso legittimo, perchè il frammento parla di *possessio iuris;* ma la *possessio iuris* è contrapposta alla *possessio corporis*, e sì l'una che l'altra non è *possessio nomine proprio*, ma è *possessio nomine alieno*, cioè a nome del concedente, con qualche effetto utile di fronte ai terzi finchè il precario è tollerato dal concedente stesso, di cui il precarista in fondo non è che una *longa manus*. Ciò significa che anche a titolo di precario si può acquistare l'utile esercizio della facoltà che corrisponderebbe allo stesso contenuto d'una servitù, se la servitù si potesse concepire come esercitata, mentre essa è esercibile. Tutte queste spiegazioni il giureconsulto non dà, perchè in materia possessoria i giureconsulti romani attribuiscono la preferenza alla considerazione dello stato di fatto; amando meglio supporre, prima d'istituire in proposito ricerche speciali o senza far ciò, che ciascuno possegga *nomine alieno* quando ha la semplice detenzione della cosa, anzichè ritenere che colui che non ha la detenzione della cosa ma ne ha conceduto il precario possegga a mezzo del precarista. Notisi anzi l'espressione del frammento che porta *impetravit ut sibi possidere aut uti liceat;* dove l'*aut uti* rappresenta una rettificazione del concetto *possidere* perchè non venga preso nello stretto senso tecnico; altrimenti l'*uti* non avrebbe ragione d'esistere, a motivo dell'impossibilità d'immaginare una posizione nè di diritto nè di fatto contrapposta, tra il *possidere* e l'*uti*.

Ma si richiama la l. 1, § 11, Dig. 43, 19, nella quale ULPIANO ammette l'interdetto *de itinere actuque privato*, riportando un'opinione di GIULIANO, nella specie di concessione precaria di un fondo titolare di una *servitus itineris* su di un fondo vicino e di acquisto dell'*iter* a titolo precario ottenuto dal concessionario precarista del fondo. Del proprietario di un fondo che lo concede a precario è detto così *nec per te* (ossia per mezzo del concessionario) *precario possidere* (il soggetto attivo del possesso è il proprietario che ha accor-

(1) *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso;* Firenze, Pellas, 1880, 1° vol., § 469.

Digitized by Google

dato il precario) *intelligor*. E per dimostrare questa asserzione si aggiunge: *quoties enim colonus meus, aut is cui precario fundum dedi, via utitur, ego ire intelligor; propter quod et recte dico me itinere usum*. Questa dimostrazione sembrerebbe condurre a concludere che come *per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus* (POMPONIO in l. 25, § 1, Dig. 41, 2), così *possidemus per precaristas* (si lasci correre la parola) *nostros*. Ma il pensiero di ULPIANO più chiaramente rifulge dalla l. 10, § 1, Dig. 41, 2; dove questo giureconsulto cammina sulle traccie di POMPONIO stesso. Dice dunque POMPONIO che se taluno ebbe prima un predio in conduzione e quindi l'ebbe a precario *non ut possideret sed ut in possessione esset*, questa seconda posizione di precarista *ut in possessione esset* egli l'ha acquistata *rei servandae causa* o *custodiae causa*, perchè *aliud est possidere, aliud in possessione esse*. Premessa la qual distinzione, il giureconsulto dice che *utrumque procedit*, ossia ch'è possibile la contemporaneità del possesso a titolo di conduzione e dell'*esse in possessione* a titolo di precario. In tal caso al fine intuito di POMPONIO e ULPIANO, allorquando fissavano la loro attenzione sull'editto, si presentava possibile una deroga o una disapplicazione della massima, posta nel pr. della stessa l. 10, Dig. 41, 2, che *si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione*: un possessore *pro conducto* non può immaginarsi, ma può ammettersi un conduttore che sia *in possessione* come precarista, *rei servandae* o *custodiendae causa*. Il proprietario resta sempre possessore di fronte all'inquilino e molto più di fronte al precarista, ma il precarista può essere semplicemente *in possessione*.

Ritornando ora con questi schiarimenti alla l. 1, § 11, Dig. 43, 19, e senza perder di mira il requisito della *causa perpetua* nelle servitù prediali, noi dovremmo dire che il precarista non può affacciare dei diritti contro il proprietario di quel fondo sul quale gli è concesso precariamente l'esercizio di un *iter* che corrisponderebbe alla *servitus itineris*, qualora concorresse la causa perpetua della servitù e concorressero le condizioni del quasi-possesso della servitù stessa coi requisiti *nec vi, nec clam, nec precario*, i quali, CELSO medesimo nella l. 7, Dig. 43, 19, richiede per lo *ius*

Digitized by Google

fundi ch'è il sostrato indispensabile per l'esperimento dell'interdetto *de itinere actuque privato.*

Se il precarista non può affacciare diritti perchè ha la concessione d'uso dell'*iter*, *tandiu quandiu is qui concessit patitur*, evidentemente non potrà competergli l'interdetto *de itinere:* non cambiando la posizione sol perchè egli, il precarista, ritenga nella sua opinione di avere acquistato una vera servitù inerente al fondo, mentre non si trattava se non di un uso precario accordato al proprietario, che conosceva effettivamente di essere precarista per l'esercizio della servitù e non dubitava punto di avere un diritto vero anzichè un semplice precario. Tuttavia il giureconsulto conclude col dire che sebbene GIULIANO taccia e quantunque si debba aver riguardo alla opinione di colui che dà e non di colui che riceve a precario, tuttavia possa accordarsi l'interdetto *de itinere* (*poteris interdicto uti*), probabilmente come utile ossia come connesso all'uso dell'*iter* e non allo *ius fundi* avente per oggetto l'*iter* e che non potrebbe esplicarsi se non a mezzo di possesso legittimo. Per verità, questo frammento di ULPIANO non è di una chiarezza speciale, e vale la pena di analizzarlo con maggior cura. Il concedente a precario di un fondo dominante in una *servitus itineris* (e si parla proprio di servitù qui, perchè altrimenti la via non si dovrebbe *fundo* ma *personae*), benchè il concessionario ottenga poi a titolo precario l'*iter* dal proprietario del fondo serviente, conserva sempre l'*interdictum de itinere* in confronto del fondo serviente ad esclusione del precarista che, adoperando un tale interdetto in rapporto col concedente l'*iter* a precario, può vedersi efficacemente contrapposta una eccezione da colui che gli trasmise il fondo a titolo di precario e che intenda prevenirlo od escluderlo. Questa è la prima parte del frammento. Seconda parte: GIULIANO dice che il concedente del fondo a precario, non essendo vincolato dal precario, non perde mai il possesso della cosa propria e non possiede mai per l'interposta persona del precarista, a cui può ritogliere ad ogni istante e la cosa e l'esercizio di tutti gli atti o diritti che sono congiunti colla proprietà della medesima; e, d'altra parte, chi possiede veramente e stabilmente di per sè non può figurare come possessore precario per altrui mezzo anche

Digitized by Google

di uno *ius itineris* congiunto al possesso del fondo. Questa seconda parte conferma la prima, perchè valuta il precario e afferma la persistenza e l'immutabilità dei diritti del concedente, appunto perchè nel precarista l'esercizio dell'*iter* dura *tandiu quandiu is qui concessit patitur*. Terza parte: se il concedente del fondo a precario esercitava l'*iter* per concessione precaria del vicino prima della concessione del fondo a precario, il concessionario precarista ha un bel credere che il concedente esercitasse l'*iter* non a titolo precario ma *iure servitutis* o *iure fundi*, l'interdetto non può darsi al concessionario del fondo a precario, perchè si ritiene che non il concessionario ma il concedente siasi servito precariamente dell'*iter;* non dovendosi aver riguardo all'opinione del precarista concessionario del fondo, ma bensì all' opinione del concedente il fondo stesso. Viene una quarta parte, di colore un po' oscuro: *tamen* (*credo*) *poteris* (tu concessionario precarista del fondo) *interdicto uti, etsi de hoc nihil scribit Julianus.* Quì si parla di uso dell'interdetto, ossia dell'interdetto come utile: e allora nulla v'è in contrario che, nell'indolenza necessaria del concedente, il concessionario del fondo, non in rappresentanza del concedente, ma *iure proprio*, o meglio per ragione dell'utilità propria, benchè precaria, si serva egli utilmente di questo interdetto, il quale tuttavia non spetterebbe al concedente dal quale egli ha tratto causa.

Questo diritto proprio del precarista si spiega anche meno, inquantochè il precario dell'*iter* è stato già acquistato dal concedente il fondo, il quale sul fondo stesso aveva un esercizio precario: si tratterebbe insomma di un precario di precario, il cui contenuto è non solo il fondo concesso, ma anche lo *ius itineris*, o, meglio, il fatto dell'*iter* sul fondo vicino. Il caso è questo: *A* è proprietario del fondo semproniano, prossimo al fondo claudiano; egli dà questo fondo a titolo di precario a *B*, e *B* trasmette il precario a *C*, ma non il precario soltanto del fondo semproniano, bensì anche il precario da lui acquistato per l'*iter* sul fondo claudiano. *C*, vedendo in atto l'*iter* quando acquista il precario del fondo semproniano, ritiene erroneamente che si tratti di una servitù vera e propria *itineris* che il fondo claudiano debba al fondo semproniano. Ora *C*, se possiede *nec vi, nec clam*,

Digitized by Google

nec precario — nec precario secondo la sua intenzione, perchè l'intenzione del precario non si presume mai, ma deve risultare da una speciale tolleranza non tacita, bensì sotto forma di concessione — *concessio precibus petentis*, — può allegare la *iuris quasi possessio* per conto proprio, non in rappresentanza nè per trasmissione da *B* il quale non avrebbe potuto trasmettergli altro che il precario da lui goduto e non quasi-possesso di servitù perchè non l'aveva. L'espressione quindi adoperata da ULPIANO (se pure genuina) è certamente imperfetta: perchè ULPIANO non si diffonde a spiegare come il precario resti escluso per la trascuranza del proprietario del fondo claudiano, il quale avrebbe dovuto accorgersi che il nuovo precarista semproniano si avvia per l'usucapione dell'*iter* sul fondo claudiano stesso. Il pericolo di usucapione non è minore, nei rapporti con il proprietario del fondo claudiano, se il detentore del fondo semproniano è semplice precarista anzichè proprietario o possessore vero? Il precarista può acquistare una servitù per il fondo di cui egli ha presso di sè il precario? Il precarista possiede *nomine concedentis*, quando il concedente è proprietario: e il sub-precarista non a nome del precarista da cui ha causa ma a nome del proprietario primo concedente, dal quale il proprio autore ricevette il precario. Quindi anche un precarista può acquistare una servitù prediale, ossia per il fondo sul quale esercita il suo precario: ma un tale acquisto risulta necessariamente fatto a nome del proprietario del fondo, per quanto la persona del soggetto umano attivo nel rapporto di servitù possa non scomparire nella costruzione del rapporto stesso. Senonchè a questo concetto che il precarista possa acquistare la servitù nel nome del proprietario si dicono ostare la l. 25, Dig. 8, 6, e la l. 7, Dig. 43, 19: in quanto la prima si applica a colui che usa *pro alterius servitute* senza ricavarne per sè alcun vantaggio (questo è lo spirito della risoluzione di PAOLO), come affatto estraneo al fondo dominante; per esempio, se un terzo, parente od amico del proprietario di quello che dovrebbe ritenersi il fondo dominante, si rende zelante per questo e con assai buona volontà passa indisturbato per il fondo del vicino, con animo di acquistare una *servitus itineris* al suo amico o parente, egli non potrà mai acquistare

Digitized by Google

la servitù a quel fondo col quale non ha nessun rapporto di uso, o di destinazione, o di abitazione, o di coltura, o di servizio. La seconda delle richiamate leggi, che, come vedemmo, è di CELSO, proclama *inutile l'interdictum*, allorchè colui *qui commeavit* non lo fece *tamquam id suo iure faceret*, nè perchè *ius fundi possideret.*

Nel caso della l. 1, § 11, Dig. 43, 19, è ammesso l'interdetto *de itinere* per l'ipotesi che l'ultimo concessionario lo eserciti nel nome del proprietario in forma utile: CELSO ritiene inutile ciò che ULPIANO ritiene utile, probabilmente non per altro se non perchè CELSO non contempla la possibilità di una rappresentanza utile a sè e utile al rappresentato (ossia che per una parte è quasi un prestito del diritto del proprietario e per l'altra parte è una gestione permessa ed autorizzabile o ratificabile), e perchè, se pure il contenuto materiale dell'atto è di maggiore validità giuridica di un atto derivante da un precario, ma esercitato non a titolo precario di fronte al fondo serviente, tuttavia nel caso di ULPIANO noi abbiamo la circostanza che l'*iter* si eserciti *ea mente quasi fundo deberetur*, cioè come se la servitù prediale fosse stata già validamente costituita. È la *mens*, ossia l'*animus* che varia in un caso e nell'altro: perchè nel caso previsto da CELSO tanto è lungi dalla mente di chi *commeat* l'acquistare un diritto di servitù o l'esercitare una servitù validamente acquistata, sia pure a nome del proprietario, che si dispone persino ad astenersi dal *commeatus* nell'ipotesi di un primo impedimento qualsivoglia da parte del proprietario del fondo serviente (*si prohiberetur*). La diversità tra le due ipotesi non si afferra a tutta prima, nè consiste nel contenuto materiale dell'azione; ma l'essere o non essere utile l'interdetto si fa solo dipendere dall'*animus* di esercitare o possedere anche a nome e in rappresentanza altrui il corrispondente *ius fundi:* per la qual cosa, in difetto di un tale *animus*, manca uno degli elementi essenziali per il contenuto di un quasi-possesso interdittale e di qualsiasi interdetto da sperimentarsi anche soltanto utilmente contro il proprietario del fondo serviente, il quale, trattandosi di rapporti tra fondi, non si può per vero ripromettere un grande successo da obbiezioni od eccezioni fondate sulla

Digitized by Google

regolarità della rappresentanza e sulla regolarità della mutuazione, a favore o per utilità del precarista, delle azioni che il suo stesso dante causa, ed egli, per interposizione di questo, può esercitare in sostituzione del proprietario del fondo dominante. I giureconsulti vollero soltanto escludere la portata interdittale dell'esercizio dell'*iter* o di altra attività sul fondo in genere (diciamo esercizio e attività perchè non intendiamo gettare l'idea del quasi-possesso e affrontare senz'altro le difficoltà che possono derivare da una tale denominazione) nell'ipotesi di esercizio o di attività ammessa o tollerata, e che quindi ha tutti i caratteri esteriori della legittimità del quasi-possesso, ma che quasi-possesso non può rappresentare perchè svolgentesi soltanto *familiaritatis causa*. Non è dunque il precario e l'essere precarista di colui che esercita tale attività ciò che può costituire la vera difficoltà per l'esercizio dell'interdetto e del quasi-possesso, perchè il precario nei rapporti tra il proprietario del fondo dominante e l'esercente dell'attività stessa non significa precario nè per il proprietario del fondo dominante nè per il suo avente causa di fronte al proprietario del fondo serviente, avuto soprattutto riguardo all'indole essenzialmente reale del vincolo di cui si tratta.

Noi non possiamo qui entrare *ex professo* nella teoria del precario, ma crediamo che queste ragioni bastino per ricostruire sufficientemente il criterio differenziale tra le due ipotesi: senza pur ricorrere all'ardita spiegazione del Ruggieri (op. cit., § 462), che cioè la *iuris quasi-possessio*, trasportata nell'usucapione, si vegga allargate le applicazioni; non essendo della costituzione della servitù per usucapione che noi qui direttamente ci occupiamo, ma soltanto della critica del concetto del titolo di costituzione per atto *inter vivos*, nel senso di determinare se una cosiffatta costituzione possa avvenire a titolo di precario. Nostra opinione è che il precario non importi una costituzione di servitù, ma possa in taluni casi (e cioè col concorso del *corpus* e dell'*animus* in una ai requisiti esterni della legittimità del quasi-possesso dell'esercizio o dell'attività corrispondente all'esercizio del diritto di servitù prediale) addirittura essere fornito di azioni utili, anche e anzi specialmente interdittali, ed anche della

Digitized by Google

facoltà di rappresentare utilmente di fronte al fondo serviente gli interessi tutti del proprietario del fondo dominante derivanti da un acquisto o da un esercizio legittimo del diritto di servitù. Dinanzi ai testi citati è d'uopo poi sopra tutto salvarsi da un equivoco: perchè altro è esercitare una servitù precariamente, ed altro è acquistarla a titolo precario. L'esercizio della servitù a titolo precario è possibile in rappresentanza del proprietario del fondo dominante che la concede a precario; ma non è del pari possibile l'acquisto della servitù a titolo precario, in seguito ad una mera concessione revocabile ad arbitrio del proprietario del fondo serviente e comunemente intervenuta *familiaritatis nomine* o in forma espressa o per tacito consenso. Tuttavia questa ultima forma del tacito consenso è praticamente assai pericolosa per il proprietario del fondo serviente, perchè l'esteriorità sua sovente può mostrarsi equivoca tra l'esercizio precario e l'esercizio legittimo *ad usucapionem*. Rinviando l'ultima parte al trattato dell'usucapione delle servitù prediali, per quanto concerne il titolo d'acquisto, ossia il documento scritto dal quale consta d'una concessione precaria, noi troviamo senz'altro e per diritto romano e per diritto nostro che questa revocabilità facoltativa della concessione forma ostacolo sostanziale all'esistenza d'una *causa perpetua*, ossia d'una destinazione o d'uno scopo permanente nei rapporti tra fondi dominante e serviente; e che quest'ostacolo è insormontabile per la costituzione d'un rapporto di servitù prediale.

Nè il titolo precario è di quei titoli che possono essere convalidati dall'osservanza ai sensi dell'art. 2137 Cod. civile, che si riferisce, come vedemmo, sostanzialmente all'acquisto del diritto reale *a non domino;* perchè manca appunto il sostrato materiale per la convalescenza del titolo, perchè manca appunto un qualsivoglia titolo d'acquisto: non essendo la costituzione d'un precario titolo giustificativo dell'acquisto ma semplicemente titolo giustificativo dell'esercizio. Manca la buona fede, perchè sarebbe in mala fede chi volesse cambiare, come suol dirsi, le carte in mano, ossia chi volesse convertire in titolo d'acquisto d'un diritto un semplice titolo d'esercizio per ragione di familiarità. Praticamente anzi il precario è una concessione verbale, che si fa senza tradu-

Digitized by Google

zione in iscritto o che al più è completata da una dichiarazione scritta unilaterale da parte del concessionario, soltanto allo scopo di garantire eventualmente il concedente contro eventuali pretese di usucapione da parte di esso concessionario: perchè appunto, se vi è bisogno di un titolo o di un atto scritto, questo titolo o questo atto scritto non sono affatto indispensabili per l'esercizio del precario, che può essere di puro fatto. Il precario non può costituire titolo d'acquisto di una servitù; mentre l'articolo in esame parla proprio di titolo idoneo per sua portata e suo contenuto all'acquisto della servitù, sebbene per sè solo, senza il suffragio della osservanza o dell'esercizio effettivo per un decennio, non possa bastare all'acquisto di cui si tratta, perchè la sua organica costruzione non può tendere a questo scopo. La perfetta coordinazione degli istituti giuridici, forse anche senza la complicazione delle questioni, e certamente senza le difficoltà ermeneutiche che sono in diritto romano, conduce essenzialmente ai risultati medesimi.

75. La costituzione per atto tra vivi d'una servitù mediante riserva all'alienante nell'atto di trasferire il dominio non presenta alcuna specialità strutturale ed è giustificata dalle ll. 3, Dig. 8, 4; 34, Dig. 8, 2; 32, Dig. 7, 1, che trovano anche oggi piena applicazione. Si può quindi passare all'esame della costituzione della servitù per atto *mortis causa*. La costituzione d'una servitù per atto *mortis causa* avveniva normalmente a mezzo di legato, appunto perchè la servitù si suppone, per le esigenze della struttura giuridica, come qualche cosa di staccato dal fondo serviente, quasi fosse una particella destinata ad aver vita separatamente. Ciò non è in effetti, ma apparisce per la determinazione del contenuto della servitù, rapportata alla proprietà del fondo che costituisce parte essenziale del compendio ereditario; rappresentando lo *jus optimum maximum* nella sua pienezza ideale, per quanto menomata dai diritti reali spettanti ad altri fondi. Il legato di servitù offre non poco interesse storico in diritto romano, rispetto alle forme *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo;* ma queste forme oggidì non hanno più alcuna importanza e quindi non debbono atti-

Digitized by Google

rare qui la nostra attenzione. Possono soltanto avere rapporto con la tradizione, inquantochè lo esame storico della necessità o meno della tradizione si può ricondurre alla evoluzione di determinate forme storiche, le quali oggi non hanno più importanza e che perciò non possono più ripercuotersi sulla costruzione giuridica dell'istituto; talchè appunto la soppressione di queste forme può aver contribuito alla inutilità d'una qualsiasi tradizione delle servitù in conseguenza della costituzione loro. Le funzioni della *patientia*, non contrapposte più in forma energica a quelle della *traditio*, com'erano nell'antico diritto formale, dopochè colla cost. 1, Cod. 6, 43, GIUSTINIANO ebbe abolito la distinzione formale tra i vari legati di servitù, evidentemente erano destinate ad acquistare il sopravvento per la giurisprudenza onoraria e a costituirsi piano piano come elemento sostanziale e ragion di decidere in caso di dubbio sul titolo. Ma soprattutto nell'antica giurisprudenza romana, ed in modo speciale nella giurisprudenza classica attira la nostra attenzione il legato tacito di servitù. Noi troviamo riportato come l. 15, § 1, Dig. 33, 2, un frammento dei Digesti di MARCELLO, in cui il giureconsulto suppone che taluno abbia due fondi e disponga per legato dell'uno di essi e dell'usufrutto dell'altro; nel qual caso, se il legatario dell'usufrutto non può avere al fondo sul quale l'usufrutto è costituito altra via fuorchè attraverso l'altro fondo che fu legato nella sua integrità e pienezza, evidentemente l'altro legatario non può pretendere di esercitare il suo diritto senza concedere al primo l'*iter, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerat.* Questa conclusione e la soluzione relativa, la quale del resto è rafforzata e confermata anche dalle ll. 44, § 9, Dig. 30, 10; Dig. 8, 2; 81, § 3, Dig. 30; 20 pr., Dig. 8, 5; 1, § 1-4, Dig. 7, 6, in sostanza non è che una applicazione del principio *res ut nunc est ita sit*, che, come si sa, ha la sua importanza anche negli atti *inter vivos* per la costituzione della servitù come conseguenza della destinazione del padre di famiglia. Ma dall'insieme di queste disposizioni risulta anzitutto che la costituzione tacita od implicita della servitù per legato è accordata soltanto nei casi di evidente e imprescindibile necessità e nei limiti di una tale

Digitized by Google

necessità, fino cioè a quel punto che apparisce indispensabile per non render vano il legato fatto della cosa a favore della quale s'invoca l'esercizio della servitù. Quindi quelle sole servitù in tale occasione s'intendono tacitamente costituite, *sine quibus omnino uti non potest;* e non quelle che attengono ad una maggiore comodità o ad un maggior vantaggio, anche se questa maggiore comodità e questo maggior vantaggio si fossero goduti dal testatore. Se il testatore stesso però avesse adoperato la formola *villam meam ita uti ego possedo lego* (L. 18, § 13, Dig., 33, 7) od altra simile, in tal caso si sarebbe dovuta ritenere costituita la servitù in tutta l'estensione dell'esercizio prima avuto dal proprietario del fondo ora dominante, *iure proprietatis* e non *iure servitutis*: ma in tal caso, sebbene non si accenni espressamente a servitù, si accenna tuttavia alla permanente destinazione della cosa — *res uti nunc est ita sit* —, di cui è conseguenza la servitù anche eccedente i limiti del puro necessario. Tuttociò evidentemente armonizza colla legge del minimo mezzo, nella sua applicazione generalissima e senza limiti, come conseguenza della natura economica degli istituti giuridici in rapporto tra loro e colla finalità pratica della distribuzione più conveniente delle ricchezze e dei beni nel seno della società, qualora una manifestazione di volontà espressa o dettagliata del testatore faccia difetto e quindi resti campo al còmpito dell'interpretazione.

76. Vi è un modo speciale di costituzione della servitù per titolo, ed è la costituzione mediante aggiudicazione; poichè, risultando l'aggiudicazione da sentenza del magistrato, questa costituisce un vero e proprio titolo di acquisto, ossia un documento scritto che attesta della costituzione del diritto di cui si tratta. Questa servitù è quella che comunemente si designa come necessaria e che il giudice romano ammetteva in seguito di una *interpellatio extraordinaria* appoggiata dalla dimostrazione della necessità. La ricostruzione del passo necessario muove dal diritto romano più remoto e naturalmente s'intreccia colla storia dei *iura itinerum*: si dice anche abbia rapporto collo svolgimento dell'idea religiosa dell'*iter* o *aditus ad sepulcrum* come uno dei primi nuclei di *iura*

Digitized by Google

itinerum non commerciabili. Noi, per quanto si è già detto, preferiamo di generalizzare i *iura itinerum* riportandoci fino al sistema di ripartizione delle terre che lo Stato assegnava ai privati man mano che le conquistava ai popoli vinti. Dal punto di vista storico, tutto c'induce a credere che il rescritto di SEVERO e di ANTONINO, richiamato da ULPIANO in l. 12, Dig. 11, 7, e che accenna alla consuetudine d'un precario per l'*iter ad sepulcrum* non escluda che l'interpellanza straordinaria del preside per costringere alla prestazione dell'*iter iusto pretio* sia una forma di costituzione di passaggio per causa di necessità, e all'infuori di ogni precario dell'*iter necessarium* appartenente alla stessa categoria e alla stessa costruzione di tutti gli altri casi d'*itinera necessaria* che nulla avessero per parte loro di comune con qualsivoglia causa o ragione religiosa. Non possiamo infatti ritenere che in vari secoli di sviluppo del diritto privato, dacchè venne a svincolarsi dall'idea sacerdotale, non si pervenisse ad una generalizzazione del concetto obbiettivo di necessità, estendendolo a qualsivoglia ipotesi che fosse indicata o adatta per una sistemazione giuridica: anche un diritto dei meno sviluppati sarebbe dovuto presto pervenire ad un tal punto di sviluppo strutturale. Nelle legislazioni moderne la dottrina del passo necessario ha preso uno sviluppo incontestato ed ha raggiunto uno stato tale non solo per la dommatica, ma anche per la pratica, che oramai nessuno più può soltanto metterne in dubbio la ragion d'essere, in massima almeno. Il punto di controversia cade nel vedere se il passaggio necessario si riferisca soltanto ai fondi rustici o si estenda anche ai fondi urbani, per i quali ultimi veramente non sussiste una ragione minore, quantunque si presenti come meno frequente e meno agevole per causa dei domicili. L'art. 592 del Codice civile che regola presso di noi la materia del passaggio necessario, per fermo, non distingue da fondo urbano a fondo rustico: ogni proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, semprechè ne venga riconosciuta la necessità, affine di costruire o riparare un muro od altra opera propria del vicino o comune; inoltre (art. 593) il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui e che non ha uscita sulla via pubblica, nè può procurarsela

Digitized by Google

senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo. Nel primo di questi due articoli, sempre equivocando sul vero concetto di servitù, si volle scorgere una servitù per un tempo e per uno scopo determinato; nel secondo una servitù con carattere di stabilità e di permanenza. Vero è che l'art. 592 e l'art. 593 che non distinguono espressamente tra fondo urbano e fondo rustico, si trovano nel § 6 della sezione 1ª, capo 2°, libro 2°, tit. 3° Codice civile, ossia sotto il capo delle servitù prediali; ma tutti sanno per prova, solo che abbiano applicato qualche volta il nostro Codice civile, quanto poco talora convenga fare a fidanza coll'argomento desunto dalla materiale collocazione delle disposizioni legislative, le quali talvolta si trovano sotto talune classificazioni anche soltanto allo scopo di evitare delle rubriche speciali per uno, due o pochi articoli, con spostamento di tutto quanto il piano di un libro o di un titolo. In diritto romano la costruzione storica e dommatica dei *iura itinerum*, ai quali appartiene e dei quali anzi è forma tipica il passo necessario, era indipendente dal concetto delle servitù: il perchè la questione se un passaggio temporaneo per trasportare materiali da costruzione formasse o no il contenuto di una servitù, in diritto romano, non aveva ragione di sorgere. Secondo noi il passaggio necessario come servitù è quello dell'art. 593; l'art. 592 non potendosi in sostanza riferire se non ad un diritto reale transitorio, che tanto dista dalla servitù quanto la causa temporanea dalla causa perpetua. Ad ogni modo, il legislatore non ha voluto porre alcuna distinzione tra fondi urbani e fondi rustici. Nè v'era ragione di porla; dappoichè noi non ci dobbiamo impressionare dell'origine storica del passaggio necessario in diritto romano, nè del fatto che, anche quando questo passaggio finiva coll'attraversare una casa, ciò accadeva perchè la casa era costrutta sul territorio in cui esisteva già un passaggio e una servitù di passaggio per effetto della ripartizione delle terre. Ormai siffatta ripartizione di terre è un fatto così grandemente lontano, che le diecine di secoli trascorse da allora ad oggi gli tolgono qualsivoglia influenza sullo stato attuale dei rapporti tra fondi vicini: non resta, inva-

Digitized by Google

riato e immutabile perchè naturale, fuorchè il rapporto dovuto alla vicinanza dei luoghi e alla struttura o conformazione superficiale della zona di territorio alla quale quei fondi vicini appartengono. Ma queste circostanze influiscono razionalmente ed all'infuori di ogni criterio storico. Per gli edifici urbani è la posizione dei luoghi che determina la necessità dell'esercizio del diritto di passaggio; quella stessa posizione che nei fondi rustici può essere accompagnata da circostanze di conformazione territoriale che ordinariamente mancano per i fondi urbani, legati al rapporto della sola vicinanza. Il passaggio necessario e così anche l'acquedotto necessario, con causa permanente entrambi, possono essere accordati in via bonaria dal proprietario del fondo serviente, allorquando egli si persuada della necessità del passaggio o dell'acquedotto e del suo obbligo di prestarlo secondo la legge. Ma qualora la prestazione dell'acquedotto o del passaggio non avvenga bonariamente, allora l'avente diritto alla prestazione stessa evidentemente invoca l'autorità del giudice per ottenere una sentenza che riconosca ed aggiudichi ad esso il passaggio o l'acquedotto al quale egli aspira con giusta pretesa. Una sentenza di questa specie parte dal riconoscimento della necessità del passaggio o dell'acquedotto: necessità che senza dubbio preesiste al riconoscimento del giudice, ma che senza un tale riconoscimento non potrebbe esser fatta valere per autorità arbitraria di parte. In questo senso non si dice nè che la sentenza del giudice è attributiva, nè che è semplicemente dichiarativa del diritto di acquedotto o di passaggio, ma si dice più esattamente che è aggiudicativa od aggiudicatrice del passaggio o dell'acquedotto stesso e quindi per questo riguardo è un vero e proprio titolo costitutivo di servitù: titolo in presenza del quale non è necessario istituire e condurre a termine altre ricerche per constatare se veramente la servitù abbia un'intrinseca ragion d'essere, perchè appunto è reso irrevocabile dal giudicato.

Digitized by Google

CAPO III.

Da chi ed a chi possa fornirsi.

77. Costituzione fatta dal proprietario e quando interessi intere zone territoriali. — 78. Particolarità: *quid* nel caso di costituzione fatta da un comproprietario. — 79. Se la servitù possa costituirsi dall'utilista. — 80. Se dal *dominus proprietatis* senza intervento dell'usufruttuario. — 81. Se dall'usufruttuario; art. 492 Cod. civ. — 82. Chi possa acquistare una servitù prediale per titolo.

77. Chiedere da chi ed a chi possa fornirsi il titolo di costituzione della servitù è presso a poco una medesima cosa che domandare chi possa costituire una servitù ed a favore di chi la servitù possa costituirsi. La ricerca non è priva d'interesse, data specialmente la tendenza dell'epoca moderna di dare persino una certa efficacia alla vendita di cosa altrui. Anzitutto dunque la servitù può essere costituita dal proprietario: e questo è naturale, perchè il proprietario può disporre a suo modo della cosa propria. Ma potrà senza limitazione di sorta il proprietario costituire servitù sul proprio fondo, non offendendo, s'intende, l'ordine pubblico e il buon costume? Una ricerca interessante si è di vedere se possa costituirsi una servitù colla coscienza e collo scopo di alterare in un modo qualsiasi l'ordine di natura, adattandolo ad un fine speciale che le parti contraenti o solo esso costituente si propongono. Per esempio, può ritenersi ammessa una servitù, che, trattando i vegetali alla pari dei minerali, permetta al mio vicino di disboscare gradatamente i miei boschi e non soltanto di praticarvi i tagli normali che corrispondano all'usufrutto dei boschi stessi? Noi qui intendiamo evitare la questione grave consistente nel determinare se davvero tra il mondo minerale e il mondo vegetale siavi una esatta e propria differenza profonda, o non piuttosto tutti gli esseri che si trovano in natura siano viventi, sebbene residui d'una vita che fu: la qual cosa oggidì si vorrebbe ritenere da uno studio speciale sulle cellule negli stessi cristalli formati per deposizione minerale.

Noi manteniamo sempre la differenza tra lo sfruttamento d'una miniera e lo sfruttamento d'un bosco; dato che tra la

Digitized by Google

miniera ed il bosco, anche se nella miniera v'ha qualche cosa d'organico, tuttavia la differenza dello sviluppo e per il modo e per la durata e ripetizione periodica nei vegetali è grandissima, addirittura enorme. Buon per noi che in questo caso sopravvengono le leggi forestali, le quali, vietando per ragioni d'ordine pubblico i disboscamenti irrazionali, non distinguono se tali disboscamenti si fanno *iure proprietatis* o *iure servitutis*, ma si applicano generalmente a tutti i casi: quindi noi in questa ipotesi siamo completamente liberati da una speciale ricerca. Ma molti altri casi possono raffigurarsi in cui l'ordine di natura può essere contrariato dalla costituzione d'una servitù: il che soprattutto può accadere nel corso delle acque, le quali appartengono ad un regolamento vastissimo che si diffonde nella sua applicazione per zone attigue, più o meno intensamente, fino, quasi, ad avere relazione sistematica con tutta quanta la crosta terrestre. Prendiamo a mo' d'esempio una servitù che abbia per oggetto di trattenere le acque a scopo di coltura in un dato spazio ristretto, sottraendone e il beneficio e la molestia ai fondi sottostanti. Se i fondi sottostanti non ci tengono ad avere quest'acqua di deflusso, e anzi sono avvantaggiati dall'impedimento del deflusso stesso, in tal caso l'opera del proprietario soprastante non sarà oggetto di contestazione: ma se il proprietario del fondo sottostante intende utilizzare anch'esso a sua volta, per i suoi fini culturali, l'acqua defluente, può sorgere qualche difficoltà ed avvisarsi dal proprietario del fondo superiore alla opportunità di un atto di acquiescenza. Ma sarà questa una vera e propria costituzione di servitù negativa *aquae non recipiendae* e sarà dessa permessa? Neppure in tale ipotesi noi dobbiamo qui occuparci della soluzione, perchè questa materia dovrà essere trattata in modo speciale nel vol. 2°, a cui pertanto rimandiamo. Quindi non resta che supporre che il proprietario d'un fondo inferiore faccia delle opere speciali idrauliche nel suo suolo, per le quali, data la pendenza e la forza delle acque di deflusso, queste possano rigurgitare fin sul fondo superiore e fornire ad esso fondo una sopradotazione di acque, in confronto di quelle che avrebbe se la distribuzione delle acque stesse fosse esclusivamente e completamente affidata all'opera della natura. Ora, se una tale

Digitized by Google

forma di servigio è consacrata con un titolo costitutivo di servitù, evidentemente dal titolo della servitù sorge uno stato di fatto che contraria il naturale deflusso delle acque. Come questo, così possono darsi tanti e tanti altri esempi di servitù costituite per titolo, con piena consapevolezza di alterare l'ordine di natura; ed in tutte queste ipotesi può veramente domandarsi se il titolo di costituzione della servitù sia valido.

Certamente, tutte le volte che la volontà dell'uomo interviene nei rapporti naturali di vicinanza da fondo a fondo, ciò avviene sempre allo scopo di modificare lo stato di natura; perchè, se si trattasse di lasciare immutato lo stato naturale, non vi sarebbe d'uopo di una convenzione speciale. Ma la modificazione dello stato di natura, perchè sia ammissibile, non deve arrecare un perturbamento profondo su vasta scala, in modo da compromettere lo stato generale delle culture e gli interessi stessi dell'agricoltura e del clima di una determinata zona, come appunto nel caso detto del disboscamento. Appunto, fino a che non interviene legge proibitiva, è ammissibile una convenzione di questa specie: e la legge proibitiva deve intervenire sempre, ogni qualvolta si tratta di tutelare il pubblico interesse; talchè, non vedendo una legge proibitiva, si ha ragione di affermare che il pubblico interesse non è violato e che quindi è libero al costituente di determinare con un titolo la costituzione della relativa servitù. Peraltro si può domandare se tutti i proprietari dei fondi che più o meno direttamente risentono da questo cambiamento allo *statu quo ante* debbano concorrere alla costituzione della servitù di cui si tratta: alla qual domanda, in teoria, sembra giusta una risposta affermativa. Ma praticamente è impossibile che tutti i proprietari dei fondi più o meno interessati in questa alterazione del corso delle acque concorrano nella costituzione della servitù per assentire all'opera dell'uomo come contrapposta all'opera della natura: per la qual cosa è proprio necessario che si venga ad una conclusione più pratica e più limitata, tenendo conto solo degli spostamenti più prossimi e meno lontani dal teatro dove il cambiamento visibilmente avviene. Senonchè, anche per questo riguardo, la legge ha voluto piuttosto tener presente, come il fatto di ricever le acque piovane dal fondo

Digitized by Google

superiore, piuttosto che un vantaggio, è un onere che volentieri si tende a rimuovere dal proprio fondo, ben lungi dal supporre che le acque scorrenti dai fondi più elevati possano recar vantaggio ai fondi inferiori: e infatti l'art. 536 del Codice civile dispone che i fondi inferiori sono soggetti a ricever le acque, che dai più elevati scolano naturalmente senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo, e che il proprietario del fondo inferiore non può in alcun modo impedire questo scolo.

Quando dunque le acque di scolo sono usufruite dal fondo superiore o dai fondi superiori, i fondi inferiori, in condizioni normali, non possono riceverne nocumento: s'intende parlare dei fondi che appartengono a una data zona oro-idrografica o a più e molte zone vicine. Però nell'ipotesi fatta che di due fondi contigui l'inferiore si privi non semplicemente delle acque di deflusso del fondo superiore, ma se ne privi mediante opere, che nell'interesse del fondo superiore stesso producano un rigurgito delle acque derivanti da pioggie torrenziali, in tale ipotesi non è tanto nè soprattutto la privazione delle acque pluvie al fondo inferiore, quanto piuttosto sono le opere nuove che nel fondo inferiore stesso si vanno a compiere ed è la materialità del rigurgito che può recar molestia e nocumento al fondo inferiore stesso, cagionando in esso uno stato di servitù. Ma anche in tal caso sono eliminati dal consenso per la costituzione della servitù i proprietari dei fondi vicini; come sarebbe eliminato lo stesso proprietario del fondo contiguo, qualora esso non dovesse soffrire nel proprio fondo opera di sorta per l'attuazione dello sfruttamento di tutte le acque pluvie che nel fondo superiore naturalmente defluiscono e che ivi sono adoperate per beneficio del fondo stesso e *iure proprietatis*. Esclusa l'ipotesi di una sistemazione delle acque, in nessun altro caso può presentarsi il dubbio che proprietari di terreni per intiere zone possano lamentarsi di servitù imposte a carico di un fondo e a favore di un altro fondo appartenente alla stessa zona: la sola sistemazione idraulica può avere tanta estensione territoriale, da interessare zone intiere e da rendere possibile una discussione sulla provenienza del titolo costitutivo dal solo proprietario del fondo serviente od anche da altri proprietari di fondi vicini appartenenti ad una deter-

Digitized by Google

minata zona di territorio. È il proprietario del fondo sul quale la servitù cade colui che deve fornire il titolo alla servitù dimostrando esplicitamente che egli intende gravare di una tale limitazione reale il suo diritto di proprietà e staccare quasi dal suo fondo, idealmente, una data utilità od attività per farla passare ad un altro fondo e quivi renderla operativa, pur mantenendo e il possesso e la disponibilità del fondo proprio.

78. Resta dunque ben determinato che il proprietario del fondo serviente è quegli il quale ordinariamente deve fornire il titolo costitutivo della servitù al proprietario del fondo dominante. Questo atto di costituzione è nè più nè meno che l'estrinsecazione dell'esercizio del diritto di proprietà nei rapporti col vicino che ha bisogno per il suo fondo del servigio compreso o contenuto nella servitù. Quel giorno che un proprietario non potesse, pur restando tale, menomare la quantità dei suoi diritti sulla cosa ed il loro esercizio, evidentemente egli non sarebbe più proprietario: purchè, si intende, una tale menomazione non ferisca nel cuore l'esistenza della proprietà perchè allora il diritto di proprietà sarebbe incompatibile con questo novello diritto reale, che servitù non sarebbe, ma costituirebbe in sostanza una vera e propria alienazione della proprietà stessa, la quale passerebbe nella persona di chi dovrebbe essere il proprietario del fondo dominante. Evidentemente, il proprietario del fondo che si destina a diventare serviente, per avere la possibilità di costituire legalmente la servitù sul proprio fondo a favore di un altro fondo, deve essere giuridicamente capace di esercitare il suo diritto o riportare il necessario complemento a questa sua capacità: il tutto secondo i principî generali di diritto dei quali non è qui il caso di far richiamo. Si fece però questione se un proprietario sotto condizione (cioè a dire sotto condizione sospensiva) possa, in pendenza della condizione stessa, validamente costituire una servitù sul fondo di cui è proprietario; o se questa servitù, dato che sia validamente costituita, sia e rimanga nel fondo anche dopo il verificarsi della condizione stessa in senso contrario agli interessi del proprietario del fondo che dovrebbe essere serviente, cioè

Digitized by Google

nell'ipotesi ch'egli debba abbandonarne la proprietà. La quale ipotesi si verifica specialmente trattandosi di legato condizionale. Nella l. 105, Dig. 35, 1, chiaramente POMPONIO fa l'ipotesi di un fondo legato dal testatore sotto condizione e legato dallo stesso erede ad un altro, in pendenza della condizione: verificandosi la condizione posta nella prima disposizione testamentaria, nè la proprietà (dice il giureconsulto) si allontana dal primo legatario, nè l'erede può nel fondo legato render religioso un luogo od imporre una servitù; *sed et imposita servitus finietur existente conditione.* Dunque la servitù esiste e può costituirsi dall'erede, ma condizionatamente alla condizione contraria a quella ch'è stata posta per l'adempimento del legato, e sempre in ordine allo stesso evento decisivo. GAIO nella l. 69, § 1, Dig. 30, dice che se l'erede alienò un servo legato sotto condizione, nel caso che posteriormente la condizione si verifichi, può tuttavia il servo essere rivendicato dal legatario perchè il legato non si estingue. E GIULIANO nella l. 81 pr., Dig. Cod., risolve che, se un fondo legato sotto condizione, in pendenza della condizione stessa, sia stato dall'erede legato ad altri sotto altra condizione, e quindi si verifichino entrambe le condizioni, cioè quella proposta nel testamento primitivo e l'altra inerente al legato posteriormente fatto dall'erede, il dominio non si diparte dal precedente legatario. In altri termini, l'alienazione della proprietà, sia essa *inter vivos* o *mortis causa*, quando è condizionata, non può naturalmente avere effetto se non al verificarsi della condizione, e un'alienazione fatta in contemplazione della validità dell'alienazione precedente in tanto è valida, in quanto per quella regge. Questa non è se non una conseguenza dei principî che regolano qualsivoglia negozio *sub conditione*, e resta ferma, come non è a dubitare, anche trattandosi di costituzione di servitù, considerando la costituzione di servitù come un negozio di parziale alienazione della cosa o delle utilità di essa: e quindi non si fa in tal caso che applicare i principî generali del diritto senza alcuna correzione o riserva (1).

---

(1) Si ritiene altresì che una servitù passi al legatario quando la servitù stessa sia acquistata dall'erede in pendenza della condizione che

Digitized by Google

Quanto al comproprietario di un fondo comune, è detto chiaramente nella l. 2, Dig. 8, 1, che uno solo di più proprietari di una casa comune non può imporre la servitù sulla casa stessa, evidentemente perchè la servitù investe tutta la casa come unità materiale e giuridica, mentre egli non è padrone di disporre se non della quota ideale corrispondente alla sua comproprietà, ossia non può disporre della servitù, la quale non è punto ripartibile per quote nè ideali nè reali, appunto data la sua indole non suscettibile di ripartizione o divisione di sorta. Così nella l. 19, Dig. 8, 3, è detto che, stipulandosi da uno dei soci un *iter ad communem fundum*, la stipulazione è inutile, perchè *nec dari ei potest*, ossia perchè non gli si può dare questo diritto, escludendone dal godimento i consoci. Nella l. 28, *eod.*, si legge che, essendosi disposto per legato di un *iter ad communem fundum*, allorchè due siano i comproprietari del fondo stesso, la servitù non si acquista nè si perde del tutto, nell'ipotesi che i due proprietari non trovinsi d'accordo sulla designazione del luogo destinato al passaggio. Il giureconsulto intende certamente dire che la servitù non può esercitarsi prima che le due persone interessate siansi poste d'accordo sul percorso della servitù; appunto perchè questo percorso è di comune interesse pei due soci o comproprietari del fondo e perchè è egualmente d'interesse del proprietario del fondo serviente che si determini con precisione lo spazio ossia il territorio sul quale si vuole esercitare la servitù. Nella l. 34, Dig. 8, 3, poi PAPINIANO assurge ad una regola generale in rapporto col fondo comune: *unus ex sociis fundi communis permittendo ius*

---

accompagna il legato: ed è la l. 11, § 1, Dig. 8, 6, che lo dice; come dice che una servitù imposta dall'erede sul fondo legato, ed imposta in pendenza della condizione del legato stesso, si estingue al verificarsi della condizione del legato. Evidentemente, trattandosi di diritto reale, è indifferente per l'esistenza della servitù in favore del legatario, che essa sia antecedentemente acquistata dall'erede; ma è necessario che la servitù non sia costituita dall'erede, danneggiando la posizione e pregiudicando i diritti del legatario. In quest'ultimo caso è inutile invocare la natura e il carattere del diritto reale, perchè appunto si dice che la servitù è stata illegalmente imposta da chi non aveva diritto di disporre del fondo; e ciò per effetto della condizione del legato che poi si verifica (*existit*).

Digitized by Google

esse, ire, agere, nihil agit, appunto perchè è necessario concorra la volontà di tutti i soci, siccome quelli che sono del pari interessati alla libertà del fondo e dai quali pertanto deve partire l'iniziativa per il vincolo del fondo stesso. Questo divieto ad uno solo dei comproprietari d'imporre da solo una servitù sul fondo comune si dice essere effetto dell'indivisibilità della servitù o dell'indivisibilità del fondo serviente; ma a tutta prima non apparisce che questa spiegazione sia veramente necessaria e proprio conducente allo scopo di dare una piena giustificazione del divieto della legge, nel caso determinato soltanto.

Il diritto di servitù grava, è vero, su tutto il fondo serviente e vi grava comunque sia costituita e ordinata la proprietà del fondo stesso, ossia tanto se vi abbia di quel fondo un proprietario solo, quanto se di esso vi abbiano due o più comproprietari: permodochè, anche divisa la proprietà del fondo serviente e divisa la stessa zona sulla quale la servitù cade, l'esercizio della servitù resiste indisturbato, come resiste il diritto. A sua volta, il fondo dominante può sminuzzarsi per mille proprietari, ma idealmente, di fronte all'esercizio della servitù è sempre quello di prima. Senonchè, trattandosi di comunione o comproprietà *pro indiviso* del fondo serviente, questo stato di diritto e il corrispondente stato di fatto evidentemente non arrecano nessun ostacolo alla unità o indivisibilità della servitù, dappoichè non importano neppure divisione del dominio. Sarebbe quindi più esatto ricorrere ad un principio diverso da quello della indivisibilità: forse al concetto dell'unità, che non è quello precisamente della indivisibilità, o forse meglio al concetto semplice e generico della disponibilità che al comproprietario è negata sulla cosa comune senza il consenso degli altri comproprietari. Vero è che tale negazione si può far risalire al concetto della indivisibilità o della unità; ma è anche vero che, considerata in sè, ha una ragione tutta propria e indipendente: il concetto stesso di comproprietà nella sua intima struttura conduce a questo di escludere che il comproprietario abbia la disponibilità della cosa indipendentemente dal suo comproprietario o dai suoi comproprietari, perchè il concetto stesso di comproprietà importa che ciascuno dei comproprietari non abbia di per

Digitized by Google

sè senza il concorso degli altri comproprietari (*pro indiviso*) alcuna facoltà sulla cosa, tanto meno poi la facoltà di alienarla, ch'è facoltà sostanzialmente inerente alla qualità di proprietario. A questa soluzione, ch'è di stretto diritto, si annette tuttavia un'interpretazione equitativa e limitativa nel caso che, prima che l'ultimo dei comproprietari sia concorso alla cessione, taluno dei cedenti anteriori, comproprietario anch'esso, abbia da suo canto consentito alla costituzione della servitù; perciocchè sarebbe per lo meno strano che egli, il quale fu dapprima largo di questa concessione all'utente della servitù, venisse poi fuori a ritogliere quel vantaggio che aveva promesso con l'intenzione che la promessa valesse nel miglior modo di legge. Quindi l'interpretazione benigna di Celso nella l. 11, Dig. 8, 3, portò a questa conclusione, che *antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetari uti cesso iure non posse:* talchè, se poscia si viene ad avverare il consenso di coloro che cedettero in antecedenza, il consenso del primo cedente senza accordo cogli altri viene a considerarsi persistente al momento in cui gli ultimi dànno il consenso loro e vincola pertanto anche il primo consenziente, sebbene egli non sia potuto bastare da sè allora alla costituzione del negozio giuridico. Evidentemente, non è tolta al primo consenziente la facoltà di ritirare il suo permesso, qualora egli si affretti a farlo prima che consentano gli altri comproprietari; ma non è più a tempo allorchè gli altri proprietari hanno consentito per parte loro. Paolo (L. 18, Dig. 8, 4), nel decidere in questo senso, osserva che in caso di cessione, morte o alienazione da parte del primo cedente, il sopravvenire delle altre cessioni non importa che il negozio debba ritenersi completo, perchè s'intende che per l'ultimo atto restino convalidati o confermati anche gli atti anteriori come se tutti i cedenti abbiano ceduto nello stesso tempo, di guisa che *cum postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si post cum postremus cedat, omnes cessissent.* Esclusa la retroattività dell'ultima cessione, si doveva naturalmente venire al concetto che l'*actus* o *negotium pendet* fino al consenso dell'ultimo.

Vi è una parte di questo responso che non s'intende a tutta prima del tutto bene: ed è come mai la cessione, la

Digitized by Google

morte o l'alienazione di un primo cedente, prima che gli altri comproprietari abbiano ceduto, per parte loro, possa operare quasi l'annullamento della dichiarazione di volontà del primo cedente stesso; quasichè gli aventi causa non fossero tenuti o non dovessero ritenersi tenuti alla parola data dai loro danti causa. Ma a questa obbiezione si risponde che certamente, se la manifestazione di volontà del costituente fosse perfetta ed efficace, non varrebbe la revoca dei suoi aventi causa per metterla nel nulla; ma che così non è, ossia che la volontà del costituente non è ancora perfetta, quando l'avente causa la dichiara, e non è perfetta perchè manca il concorso dei condomini o comproprietari, i quali hanno eguali diritti di colui che si diportò da costituente e che nondimeno non hanno ancora manifestata la propria volontà.

Quindi il negozio giuridico, non avendo altro suffragio che un semplice atto preparatorio, non crea diritti pei terzi e non è neppure in qualche modo esistente: esso partecipa della categoria dei negozi giuridici che possono dirsi in fermentazione (1) e che sono ben lungi dalla loro completezza. Il

(1) Quest'espressione « negozio giuridico in fermentazione » può turbare forse la timorata coscienza di qualche conservatore del diritto, dal quale non si ammetta nessun progresso, neppure nella nomenclatura e nella parte formale delle costruzioni giuridiche; ed anche adoperata senza nessuna pretesa e al solo scopo di chiarire le idee, quando non v'ha altra espressione che risponda allo scopo con pari efficacia, sovente suscita delle fortissime contraddizioni. Chi scrive ricorda di avere applicato questa espressione desunta dal mondo fisico per significare le funzioni della *pollicitatio* irretrattabile, anche prima che intervenga accettazione; e di una sola cosa si pente, non di aver sottoposto inutilmente questa espressione al giudizio inutile e infecondo delle accademie, ma di non averne serbato la primizia per uno scritto destinato, come il presente, alla libera diffusione tra il pubblico in cui il buon senso non è fuorviato da vani pregiudizi. Vi sono dei concetti giuridici che non trovano sufficiente spiegazione di per sè, ma che abbisognano di essere determinati, limitati, classificati, circoscritti da riflessioni e da vedute tratte dal mondo naturale, il cui processo non falla e che quindi può servire di misura anche al processo giuridico e a tutti i processi d'indole morale. Fermentazione, in natura, è appunto un concetto che esprime l'attesa, ma non l'attesa inerte, bensì l'attesa attiva e produttiva, alla quale in circostanze normali non può non seguire l'evento per

Digitized by Google

negozio non è dunque ancora perfetto, tutt'altro: ma esso ha ogni attitudine indispensabile alla perfezione. Però, fino a che la perfezione non viene, chi dette vita a questo negozio, imperfetto com'esso è, può naturalmente revocare la dichiarazione di volontà già emessa, la quale non rimane fissa e stabile se non per il concorso dei nuovi elementi e degli ultimi dati che ne costituiscono la perfezione. Ciò malgrado, benchè la perfezione sia lontana e benchè la dichiarazione di volontà sia revocabile, pur tuttavia essa non può dirsi inefficace finchè esiste, appunto in ragione della possibilità di rendere perfetto il negozio giuridico per il concorso delle volontà dei condomini. Quindi è necessario ricorrere ad un'idea, la quale comprenda le due idee: l'idea cioè dell'insufficienza attuale del negozio giuridico e l'idea della sua attitudine al complemento fino a che la originaria dichiarazione di volontà non sia stata posta nel nulla. La concorrenza delle due idee di una insufficienza assoluta e di una contemporanea attitudine ad una futura sufficienza col concorso di altri elementi non dà il nulla, ma dà qualche cosa che merita la considerazione del giurista osservatore.

Se la dichiarazione primitiva di volontà è però ritirata da colui che ha la disponibilità della cosa, evidentemente cessa quest'attitudine alla perfezione del negozio e si ritorna allo *statu quo ante*, ossia al nulla che esisteva prima della dichiarazione di volontà del dante causa a chi la ritira. Nè che la dichiarazione di volontà dell'autore possa ritirarsi dall'avente causa è a dubitarsi; perciocchè non trattisi di una dichiarazione di volontà completa nella sua efficacia, dal momento che nell'ordine dei rapporti giuridici non produce alcuna conseguenza sensibile, ma soltanto una speranza di future conseguenze giuridiche. E, poichè è regola generale

---

virtù propria e senza altro concorso dell'uomo da quello infuori ch'è necessario per preparare lo stato che si presenta come propizio allo svolgimento delle condizioni naturali. Oltre a questo stato la natura fa da sè sviluppando le forze organiche degli elementi: così in diritto, presupposto un dato stato di fatto dal quale sorga come una fermentazione giuridica, non vi è bisogno d'altro per parte di chi ha già manifestato la sua volontà; d'altro, fuorchè della perseveranza, o meglio, della non revocazione.

Digitized by Google

che, fino a quando un dato negozio giuridico non è perfetto, gli elementi imperfetti che ne costituiscono la speranza e come il primo nucleo possono agevolmente disperdersi per una dichiarazione di volontà contraria; così si comprende la possibilità di un annullamento della prima dichiarazione di volontà mediante una seconda dichiarazione di volontà emessa o da quello stesso condomino che emise la prima dichiarazione di volontà o da un suo legittimo avente causa, il quale non è tenuto a rispettare una dichiarazione di volontà che non era se non una preparazione al negozio giuridico e che infatti non ha generato diritti di sorta a favore di terzi, nè ha prodotto un vincolo giuridico purchessia.

Se lo stesso comproprietario che ha emesso la dichiarazione di volontà senza il concorso de' suoi comproprietari può ritirarla, perchè non potrà ritirarla un erede od avente causa da esso, dal momento che il vincolo nulla ha ancora di perfetto? Quindi la meraviglia della facoltà accordata all'avente causa di distruggere, in certo modo, la dichiarazione di volontà del suo dante causa, deve intieramente cessare, perchè non sarebbe in modo alcuno giustificata. In questa legge anzi PAOLO, trattando come talmente imperfetta la dichiarazione di volontà del primo cedente, da dovere essa persistere fino alle dichiarazioni degli altri, per essere valida, non solo ritiene quella stessa prima dichiarazione revocabile per una dichiarazione contraria del successore o del cessionario, ma la ritiene addirittura come senz'altro inesistente; dal momento che si richiede una nuova dichiarazione del *novus socius*, anche *cum postremus cedat*. La dichiarazione di volontà in fermentazione è dunque tanto considerata come un atto personale del dichiarante, da non potersi ritenere come persistente senza che chi la emise continui ad avere la disponibilità della cosa allorchè concorre la dichiarazione di volontà dei condomini; appunto perchè non si tratta di effetto retroattivo, ma si tratta di effetto per la persistenza d'una precedente volontà imperfetta. Se si trattasse del valore retroattivo attribuito alle dichiarazioni di volontà di coloro che dichiararono di cedere posteriormente gli uni agli altri e specialmente dell'*is qui postremus cedit*, fino all'epoca in cui intervenne la dichiarazione di volontà

Digitized by Google

da parte di *is qui primus cessit*, in tal caso si cadrebbe nell'incongruenza di assorbire in una dichiarazione di nessuna efficacia attuale altre dichiarazioni di nessuna efficacia attuale od autonome anch'esse, non solo, ma di assorbirvi l'ultima dichiarazione di volontà, ch'è la sola la quale presenti un valore di per sè e che valga a dar valore alle precedenti, le quali ne mancano. È chiaro infatti che la forza retroattiva dell'ultima dichiarazione di volontà non attiene al contenuto contrattuale della dichiarazione stessa, poichè l'ultimo condomino non ha facoltà di disporre la costituzione della servitù se non per la parte propria, per quanto, s'intende, può valere in unione con le altre dei condomini: per darle una forza retroattiva di questa specie converrebbe attribuirle un contenuto che non ha e che oltrepassa l'intenzione del dichiarante. E, poichè questa forza retroattiva non potrebbe attenere nè alla struttura nè al contenuto del contratto, farebbe mestieri di escogitare una vera e propria finzione *ope legis*. Ma questa finzione non potrebbe giustificarsi con ragioni di vera necessità: appunto perchè invece della finzione si può ricorrere ad una costruzione più naturale e meno sforzata. Di vero il supporre, il premettere che la dichiarazione di volontà *personale* del primo cedente persista come dichiarazione di volontà *personale*, con efficacia incomunicabile da autore o dante causa ad erede od avente causa, sino alla dichiarazione di volontà dell'ultimo condomino, e che anche le dichiarazioni intermedie abbiano il pregio di una simile persistenza non significa nè più nè meno che interpretare la dichiarazione di volontà del primo o dei primi come emessa condizionatamente alla dichiarazione di volontà degli ultimi o dell'ultimo tra i comproprietari; talchè, in vigore della condizione sospensiva, la prima dichiarazione di volontà resti sempre come campata in aria e priva di pratico adempimento. E, quantunque il dichiarante stesso non abbia espressa una tale condizione, tuttavia la condizione stessa risulta dall'interpretazione della dichiarazione di volontà, considerata in rapporto alle circostanze obbiettive o di fatto per le quali e in presenza delle quali fu emessa.

Dunque, a parer nostro, è vano lo affaticarsi alla ricerca delle finzioni, per vedere cioè se si riscontri la finzione della

Digitized by Google

retrotrazione dell' ultima dichiarazione di volontà ovvero quella dell'ultrotrazione o antetrazione delle precedenti e più caratteristicamente della prima tra di esse; in quest'ultimo caso non si ha nè può aversi finzione, ma vera e propria costruzione della dichiarazione di volontà condizionale, la cui efficacia è sospesa fino al verificarsi dell'evento che gli altri condomini consentano alla costituzione di cui si tratta e al quale contribuisca finalmente in forma decisiva l'ultimo dei condomini stessi. PAOLO, che nella l. 18, Dig. 8, 4, delinea una tale fattispecie e ne risolve il caso, accenna ad un *ius receptum* ossia come ad una giurisprudenza formatasi per la *disputatio fori*, piuttostochè ad un prodotto dell'editto pretorio. Del resto questa origine della soluzione è per noi del tutto indifferente: basta solo rilevare che una tale interpretazione non è giustificata da alcuna finzione ed ha una costruzione semplicissima, quale risulta dalla volontà del costituente, la cui subordinazione alla condizione del concorso degli altri, quantunque non si possa direttamente desumere dalla dichiarazione stessa per il suo esplicito contenuto, risulta tuttavia dalla posizione dei diritti ossia dall'ambiente in mezzo al quale una tale dichiarazione di volontà sorge ed è destinata ad avere il suo eventuale adempimento, appunto per la natura del diritto che si vorrebbe costituire e che non può sorgere se non dal concorso delle volontà di tutti i comproprietari.

Un'altra difficoltà può sorgere in merito alla costituzione di servitù: ed è se si tratti di due comproprietari ed uno di essi intenda costituire sul fondo comune una servitù a vantaggio di un fondo proprio, od imporre sul fondo proprio una servitù in favore del fondo comune: e ciò consenziente anche l'altro comproprietario. Sembrerebbe che il contenuto del negozio non dovesse presentare delle sensibili difficoltà nè contraddizioni di sostanza; nè d'altra parte, a prima vista, dal lato pratico sembrerebbe conveniente costringere il comproprietario o a rinunziare alla servitù o a rinunziare alla comunione, come se questa combinazione di essere comproprietario dovesse costituire per lui qualche cosa di necessariamente sfavorevole. Eppure noi abbiamo un testo, ossia il fr. di ULPIANO tratto dai libri sabiniani e posto come l. 6, § 3,

Digitized by Google

Dig. 8, 4, nel quale si fissa con chiarezza che — *si alterae unius propriae sint aedes, alterae communes, neutris servitutem vel acquirere vel imponere posse* —, giusta anche l'opinione di Pomponio. È vero che non si dà una giustificazione logica per questa soluzione: giustificazione che sarebbe stata sopra tutto necessaria in materia di servitù prediali, per le quali la considerazione delle persone è del tutto secondaria ed insignificante, avuto riguardo alla intercedenza del rapporto, che ricorre soltanto da fondo a fondo.

Vi è poi anche un'altra difficoltà: ed è circa l'applicabilità di questo divieto anche alle servitù cosiddette legali o necessarie, o, diremo più esattamente, al passo necessario e al necessario flusso delle acque. Si potrebbe anche ravvisare qualche difficoltà nella teoria della destinazione del padrefamiglia: destinazione che produce uno stato di fatto, dal quale, in occasione della divisione del fondo e dell'alienazione di parte del fondo originario diviso, può benissimo trar vita una servitù. Ora un proprietario può destinare le parti di un suo fondo siffattamente, che per virtù di questa stessa destinazione, senz'altro, sorga poi una servitù in applicazione del principio — *res ut nunc est ita sit* — allorchè il fondo stesso è smembrato ed una parte di esso è alienata. Se questo avviene, perchè non potrebbe un comproprietario trar profitto da un servigio del fondo comune, a pro di un fondo da lui esclusivamente posseduto *iure dominii?* Ma appunto un tale confronto è la risposta e la spiegazione del diritto della costituzione di servitù a favore di un fondo che spetta esclusivamente al condomino di quello che dovrebbe essere il fondo serviente: noi, in tal caso, ci troveremmo di fronte ad un semplice fatto di destinazione del comproprietario, simile in tutto al fatto di destinazione del proprietario, e questo fatto di destinazione non può essere costitutivo di servitù se non allorchè interviene l'alienazione o della comproprietà o di quello che viene ad essere il fondo dominante. Il servigio che si desidera rimane dunque ed ha luogo e si attua, ma non a titolo di servitù, bensì a titolo di proprietà o di comproprietà, col consenso degli altri comproprietari. Quel giorno che la comproprietà cessa o che cambia la persona del proprietario del fondo cui il servigio è reso, in quell'istante sorge

Digitized by Google

la servitù, ma non prima. Così ogni difficoltà pratica e strutturale per l'applicazione di quel frammento di ULPIANO è rimossa: il servigio sussiste, l'utilità è sfruttata, quantunque sotto forma diversa; e ciò perchè *res sua nemini servit* e non già per principio di indivisibilità delle servitù. Certamente, del resto, nell'escludere la costituzione della servitù non si perde nè si toglie niente alla possibilità del servigio per destinazione dei padri di famiglia, i quali sarebbero i comproprietari consenzienti del fondo che trovasi in condominio. La realità del diritto, prima che la dichiarazione di volontà del costituente sia un negozio perfetto, non è evidentemente ancora sviluppata: essa non è più ancora se non una semplice *spes*, una probabilità più o meno remota ed eventuale, del cui verificarsi non si può parlare che a negozio giuridico completo.

79. È grave controversia se ed in quali termini, con quali limiti possa costituirsi una servitù dal semplice utilista della cosa serviente, enfiteuta o superficiario che esso sia. Nel titolo *De superficiebus*, Dig. 43, 18, ULPIANO, commentando l'editto avverte (Fr. 1, § 9) che per gius pretorio possono costituirsi sulla superficie anche delle servitù, e che queste, ad esempio di quelle costituite *ipso iure*, si possono domandare per mezzo di azioni utili ed anche con utile interdetto. Si richiama pure un frammento dei libri sabiniani dello stesso ULPIANO (L. 1 pr., Dig. 7, 4), in cui è detto che l'usufrutto *in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus*, si perde colla *diminutio capitis;* ma, ammettendo pure come *de minore ad maius* l'illazione dall'usufrutto alla servitù prediale, non si può comprendere con precisione se il *non iure constitutus* accenni ad un vizio quasi d'origine dell'usufrutto costituito dal superficiario, oppure ad un caso speciale in cui l'usufrutto stesso (distintamente dall'ipotesi generale) pecchi di una tale illegalità essendo stato costituito senza le forme del *ius* civile o per altra ragione: per la qual cosa il significato del frammento non è sicuro, anche contenuto nei limiti del semplice usufrutto, e qualora se ne potesse cavare un costrutto per l'usufrutto, potrebbe certamente notarsi che, proclamata la illegalità della costituzione dell'usufrutto da

Digitized by Google

parte del superficiario, molto meno il superficiario stesso varrebbe a costituire legalmente una servitù prediale. Ma perchè e come e in qual senso si tratta di un *ususfructus non iure constitutus?* Certamente, se vi fosse altro materiale, verrebbe la voglia di metter da banda questo testo e riportarsi all'*actio* e all'*interdictum de superficie.* Il § 6 della cit. l. 1, Dig. 43, 18, di ULPIANO, porta che l'*actio de superficie* può essere anche reale; e che, siccome il superficiario mediante l'azione reale utile può chiedere la superficie, così mediante le azioni utili si possa agire a tutela del diritto spettante legalmente sulla superficie, da chi l'usufrutto o l'uso di quel tale diritto ebbe per sè costituito.

In altri termini, noi dovremmo giungere a questa conclusione. Sulla superficie non si può costituire una vera e propria servitù, ma soltanto l'usufrutto o l'uso temporaneo del diritto di servitù: per la qual cosa al proprietario del fondo dominante non possono accordarsi le azioni o gli interdetti derivanti dalla servitù, se non in forma del tutto utile e soltanto utile. In verità, la costruzione di questa forma utile in una materia in cui l'interpretazione non può permettersi nè delle finzioni nè delle analogie che snaturerebbero la posizione eccezionale di questi diritti reali limitativi di fronte allo *ius optimum maximum dominii,* offre non poche difficoltà teoriche e pratiche: tanto più quando, di fronte al vincolo reale o vincolo di servitù, si trova la possibilità di un vincolo puramente personale, avente lo stesso contenuto pratico, cioè la stessa estensione di esercizio.

D'altra parte si dice che lo stesso usufrutto (notisi, servitù personale e non prediale!) apparisce *non iure constitutus in fundo vectigali vel superficie:* or, se lo *ius praedii* anch'esso e anzi a maggior ragione dovrebbe sembrare ad ULPIANO *non iure constitutus,* perchè farne una servitù utile con azioni utili a sua posta? Certamente il concetto pretorio della utilità, in diritto romano, fu anch'esso esposto ad abusi: nè noi vogliamo intendere che il diritto romano, in ogni sua manifestazione, fosse ineccezionabile e perfettamente corretto, e necessario per la soluzione della figura giuridica alla quale si voleva dare quell'indirizzo o quell'esito speciale, magari corrispondente a ragioni di equità. E infatti si potrebbe scri-

Digitized by Google

vere un volume sull'elasticità dell'adattamento delle istituzioni pretorie; evidentemente perchè la legislazione pretoria servì come valvola di sicurezza per l'antico diritto civile, allorquando apparve la piena insufficienza dell'organismo antico ai bisogni nuovi e dove la forza evolutiva delle antiche istituzioni non pareva sufficiente a dare subito e a dare convenientemente il contributo pratico necessario ai bisogni della vita.

Nella nostra giurisprudenza moderna, ed oggi nel Codice civile vigente si è fatta strada un'altra costruzione: la superficie, non meno dell'enfiteusi, si presenta come un diritto di proprietà speciale a sè stante e non più come uno *ius in re aliena.* Il suo contenuto è tuttavia sempre il pieno e illimitato godimento della superficie in perpetuo, o per lungo tempo: che questo formi il contenuto d'una proprietà speciale e come ad un diritto a causa temporanea (la servitù a tempo determinato, per quanto lungo, è sempre un diritto a causa temporanea) possa accedere un diritto a causa perpetua, quale la servitù prediale, è cosa che per verità non si comprende pienamente. A nostro modo di vedere, anzitutto, nel diritto romano, l'esegesi non ha curato di mettere d'accordo ULPIANO con sè stesso. Dappoichè ULPIANO ritiene l'usufrutto e deve ritenere a maggior ragione le servitù prediali *non iure constitutas in superficie,* le azioni utili che egli in tal caso accorda all'utente od usufruttuario del servigio, il cui contenuto corrisponderebbe al contenuto delle servitù prediali qualora servitù prediali si potessero costituire, non bastano a creare una forma di servitù utile, ma lasciano sempre intatto il concetto di uso o di usufrutto del diritto sul fondo, considerato come *ius praedii* genericamente, come diritto reale senza caratterizzazione specifica.

Resta dunque fermo che in diritto romano, secondo il commento ulpianeo, non si può costituire una vera e propria servitù dal superficiario, perchè sarebbe una *servitus non iure constituta:* la concezione delle azioni utili per nulla infirmando questa conclusione e costituendo eccezionalmente un'anomalia funzionale, facilmente spiegabile da chi ha una certa familiarità coi metodi e colle analogie della equità pretoria. Non ci deve preoccupare l'analogia col pegno e l'espressa

Digitized by Google

risoluzione della l. 15, Dig. 20, 4, in cui appunto PAOLO subordinatamente alla causa del *dominus soli*, ammette espressamente la dazione, il pegno della superficie posta nell'altrui suolo.

In diritto nostro, l'opinione cavillosa che la superficie costituisca un diritto di proprietà a sè stante potrà essa assicurare alle servitù quella causa perpetua che neppure la proprietà superficiaria stessa possiede? Francamente noi crediamo di no e crediamo quindi che, per mancanza di quella causa, non possa una servitù prediale costituirsi dal superficiario: ritenendo che la l. 1, § 9, Dig. 43, 18, in cui è detto *servitutes quoque praetorio iure constituentur*, per non turbare la coerenza di ULPIANO con sè stesso, debba intendersi messa qui dai compilatori fuori posto e non attinente già alla facoltà data al superficiario d'istituire servitù prediali, bensì al modo e alla forma pretoria della loro costituzione, riservata sempre al proprietario. ULPIANO voleva contrapporre i modi liberi di costituzione della servitù mercè titolo ai modi rigorosi e formali della *emancipatio* e della *in iure cessio* richiesti dallo *ius civile;* a lui interessava determinare che nella costituzione d'una servitù prediale vi è la massima libertà di forma, dal momento che la massima libertà di forma è pure accordata per il trasferimento del diritto di proprietà. In diritto moderno poi, non essendovi altro appoggio, all'infuori di quella profana giurisprudenza che della superficie fa una proprietà *sui generis*, per trarre da ciò la possibilità di costituire la servitù anche sulla semplice superficie, oltre la conclusione di questo testo di ULPIANO, considerato così isolatamente, non sembra che possa con tanta indifferenza mettersi in non cale il concetto di causa perpetua delle servitù prediali e accordarne la costituzione temporanea per la durata del diritto di proprietà superficiaria e in contrapposto col contemporaneo diritto di proprietà *iure dominii.*

80. Questione importantissima per il diritto romano, e quindi, necessariamente, anche per il diritto nostro, è se il *dominus proprietatis* di un fondo possa legalmente costituire una servitù prediale sul fondo stesso senza l'intervento del-

Digitized by Google

l'usufruttuario ed anche contro la volontà dell'usufruttuario. Anche qui la ricerca è duplice: teorica ed esegetica. In teoria, poichè l'usufruttuario non può, come titolare della servitù egli stesso, costituire un'altra servitù, sia pure di specie diversa, sul fondo nel quale egli esercita la servitù propria, evidentemente non resta che al *dominus proprietatis* la possibilità di farlo. Vi fu bensì chi ritenne che l'usufruttuario potesse, non meno del superficiario, costituire un diritto di servitù sulla cosa usufruita, per la durata dell'usufrutto. I testi che si adducono a sostegno di questa opinione (L. 13, § 2, l. 38-40, l. 67, Dig. 7, 1; l. 29, Dig. 7, 4; l. 8, § 2, Dig. 18, 6; l. 9, § 1, Dig. 19, 2; l. 66, Dig. 23, 3; l. 57, Dig. 24, 3; arg. l. 11, § 2, Dig. 20, 1; l. 21, Dig. 6, 1; l. 29, § 2, Dig. 7, 4), come ritiene anche l'ARNDTS (1), non provano nulla, perchè riguardano l'*actio ex lege aquilia*, l'uso dell'usufruttuario, la vendita dell'usufrutto legato, la perdita dell'usufrutto, la vendita di esso, la locazione dell'usufruttuario, la restituzione dell'usufrutto dotale, la pignorabilità dell'usufrutto, la rivendicazione del servo, la perdita dell'usufrutto: anzi pare fino impossibile che interpreti oculatissimi abbiano voluto trar partito da queste risoluzioni che riguardano materia ben diversa dalla costituzione della servitù. Ed è strano che quelli stessi i quali consentono che nelle fonti non è espressamente ammessa la facoltà di costituire servitù nell'enfiteuta e nel superficiario, aggiungano poi che *non si potrà sfuggirle* (2). Perchè non si potrà sfuggirle? Che noi sappiamo, la profezia ispirata non è ammessa in materia di argomentazioni giuridiche, ma solo la profezia ragionata; d'altronde una tale conclusione non è appoggiata sopra alcun ragionamento o parvenza di ragionamento. Del resto, anche noi conveniamo che ben diversa cosa sia gravare un dato fondo di servitù e invece acquistare per esso una servitù: perchè, nel caso di acquisto di una servitù, può venir sempre in campo il concetto dell'*utile gestum* per legalizzare di fronte al proprietario del fondo di cui si è enfiteuta, superficiario o possessore di

(1) ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, vol. I, § 178, nota 9.

(2) WINDSCHEID, *Pandette*, vol. I, parte 2ª, § 212, nota 7 della traduzione FADDA e BENSA.

Digitized by Google

buona fede e di fronte al proprietario del fondo serviente, l'acquisto fatto. Di vero, contro il proprietario del fondo serviente si potrà sempre affacciare, per lo meno, l'eccezione del contratto; e, da un non difficile intervento adesivo del proprietario del fondo dominante si potrà ricavare l'esistenza d'una causa perpetua che non può nè dal superficiario temporaneo nè dal semplice possessore di buona fede trarre il suo fondamento costitutivo. Ma, e non solo nei diritti moderni, la difficoltà resta sempre in riguardo ai terzi, che, pur di fronte a un titolo trascritto, non sono vincolati nè alla eccezione del contratto nè al negozio utile: essi scenderanno addirittura sul terreno della causa perpetua, finchè alla costituzione del vincolo fa difetto l'adesione del proprietario del fondo dominante. Nè la difficoltà manca di una certa importanza pratica. Suppongasi che si tratti della servitù di attingere acqua nel fondo del vicino. Acquistata questa servitù contemporaneamente o successivamente, con qualsiasi ordine, e dal proprietario di un fondo vicino e dal superficiario o possessore in buona fede di altro fondo vicino, e acquistata negli stessi termini di quantità e di durata, e trascritto anche il titolo da una parte e dall'altra secondo le leggi moderne; se questi due s'incontrano sul fondo serviente nell'esercizio delle identiche facoltà accordate loro dal proprietario del fondo serviente, quale dei due avrà il sopravvento? Evidentemente, se la loro contemporaneità è impossibile, converrà dare la preferenza a quello dei due diritti, che, per essere stato costituito dal proprietario, presenta con maggiore evidenza i requisiti della causa perpetua: nè la priorità della trascrizione dell'una all'altra convenzione potrà dare alla causa quella perpetuità che ad essa manca. Dunque il rapporto giuridico dovuto alla dichiarazione di volontà del superficiario o del possessore di buona fede, all'infuori del concorso del proprietario, può avvicinarsi al rapporto di servitù, ma deve cedere di fronte ad un vero rapporto di servitù col quale per ragione di contenuto entri in collisione: e il criterio di distinzione e di preferenza tra l'uno e l'altro si concentra sulla causa perpetua. Questo rimane fermo in diritto nostro, malgrado l'istituto della trascrizione e poichè l'art. 492 del Codice civile, alla pari dei testi citati per il

Digitized by Google

diritto romano, non vulnera punto la questione: per la qual cosa noi dobbiamo appunto ritenere che, a stretto rigor di termini, l'usufruttuario non possa concedere sul fondo una vera e propria servitù, ma un diritto reale limitato alla durata dell'usufrutto e di contenuto eguale al contenuto della servitù. Si tratta di un diritto reale transitorio *sui generis*, che può avere quel contenuto che si vuole ma non può assorgere alla natura di servitù. Anzi notisi che durante il periodo dell'usufrutto non si possono imporre servitù nel fondo: dappoichè, mentre non può imporne l'usufruttuario perchè ciò non entra nei limiti della sua facoltà di disporre in ordine al fondo, neppure il proprietario può farlo, per non diminuire la facoltà di godimento dell'usufruttuario stesso, ch'è piena, siccome quella che risponde alla pienezza del diritto competente al proprietario, nell'ipotesi che la proprietà della cosa non sia scompagnata dalle facoltà di esercizio pratico che alla proprietà stessa sono congiunte (lo che avviene sempre, quando non ne siano distinte per la costituzione di un diritto separato di usufrutto). Del resto, la presenza di un diritto reale sul fondo, di contenuto simile a quello d'un diritto di servitù, non deve interessare per nulla al proprietario, qualora è costituito dall'usufruttuario senza il suo consenso; che anzi il consenso di esso proprietario, qualora concorrente col consenso dell'usufruttuario, non può servire ad istituire un diritto di contenuto maggiore di questo di cui si tratta: tanto è vero che la l. 15, § 7, Dig. 7, 1, dice apertamente che *proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* ULPIANO e SABINO hanno dunque (e non vi è bisogno di porre la *lex* tra le *damnatae*) posto mente a ciò, che, mediante la servitù di usufrutto, è esaurita ogni potenzialità economica e giuridica attinente al godimento sul fondo e che questo esaurimento rende impossibile il volere dalla potenzialità economica del fondo stesso trarre nuovamente profitto, sia pure in parte, colla costituzione d'una servitù. È l'obbiettività stessa della posizione giuridica del fondo che conduce a questa conclusione: questa obbiettività non si può cambiare, perchè la potenzialità economica e giuridica di qualsivoglia fondo è naturalmente limitata e ristretta ad una data quantità e qualità di godimento.

Digitized by Google

81. Or questi principî di diritto romano, siccome quelli che rispondono perfettamente alla sana logica giuridica, debbono integralmente applicarsi anche nel diritto nostro; non potendovesene neppure sostituire dei migliori o dei più rispondenti alla entità obbiettiva e subbiettiva del rapporto stesso. Il carattere della proprietà piena, del dominio diretto e del dominio utile resta oggi tale e quale era all'epoca dei Romani, nella ossatura sua fondamentale: nè il carattere del diritto di servitù è esso stesso sostanzialmente cambiato. Forse oggi sarà a vedere se tali diritti creati dall'usufruttuario e da qualsivoglia non proprietario, possessore *nomine* e *iure proprio* del fondo sul quale è imposto l'onere corrispondente al diritto di servitù, possano ritenersi veri e proprî diritti reali, e non piuttosto o più propriamente dei diritti personali: il qual dubbio, caso per caso, era anche proponibile in diritto romano, ma è tanto più proponibile oggi che non vi è la facilità di una volta nell'ammettere sotto forma innominata o utile dei diritti o delle azioni reali, i quali e le quali altrimenti non troverebbero diretto e facile ingresso nel campo giuridico. Oggidì che questa elasticità manca, evidentemente, quando capita il caso, conviene seguire una via diversa e conviene esaminare con molta maggiore accuratezza se per avventura siasi in presenza di un diritto reale: rimanendo per il resto le cose immutate. Tuttavia si fa una obbiezione seria a proposito della costituzione della servitù da parte dell'usufruttuario, in diritto moderno: e l'obbiezione è quella desunta dall'art. 492 Cod. civile che ammette la cessione per qualsivoglia titolo, oneroso o gratuito, dell'esercizio del diritto di usufrutto da parte dell'usufruttuario. Noi dicemmo già che quest'articolo non vulnera punto la questione; ma intanto ci troviamo di fronte l'opinione ARNDTS-SERAFINI (1), la quale, pur notando come, per la restrizione ammessa dalla l. 19, Dig. 7, 1, il proprietario può imporre a carico del fondo delle servitù, le quali (come la negativa *altius non tollendi*) non tocchino punto e non impegnino il godimento dell'usufruttuario (limitazione questa la quale ad ogni modo si deve alla natura del godimento che dal proprie-

(1) *Pandette*, § 179, nota 9.

Digitized by Google

tario è concesso all'usufruttuario al momento della costituzione dell'usufrutto, senza la facoltà di mutare in progresso di tempo lo stato del fondo accordatogli): pur notando ciò quasi per dimostrare come la base di questi vari casi contemplati nei responsi di ULPIANO e di PAOLO, almeno a tenore del sistema giustinianeo, sia riposta nella preoccupazione di non peggiorare lo stato e il godimento dell'usufruttuario, osserva che la soluzione relativa all'impossibilità di costituire una nuova servitù pur col consenso dell'usufruttuario si riduce in sostanza ad un *vano teorema*. L'usufruttuario, si dice, può con un contratto comune cedere in tutto o in parte il suo diritto al proprietario e il proprietario può imporvi liberamente qualche servitù e poi costituire nuovamente sul fondo stesso di prima un diritto di usufrutto a favore della stessa persona: per la qual cosa, senza questa manovra della restituzione del diritto di usufrutto, si dovrebbe praticamente poter conseguire lo stesso scopo d'imporre una servitù sul fondo dato in usufrutto anche per atto del proprietario e contemporaneo consenso dell'usufruttuario, direttamente e senza altro, soltanto con una pedanteria risparmiata. Per verità non ci sentiamo di poter sottoscrivere con tanta indifferenza ad una tale ricostruzione teorico-pratica. Il Codice civile non dice già che l'usufruttuario può cedere l'usufrutto al proprietario o, per dir meglio, retrocederglielo: questo è un modo di estinzione di tutti i diritti e non ha bisogno d'una disposizione esplicita, come non vi è stato bisogno di una disposizione esplicita a proposito degli altri diritti che si estinguono anche colla retrodazione o restituzione o retrocessione al costituente, per quanto la loro indole obbiettiva lo comporta: anzi, più che di retrodazione, nel caso nostro si tratterebbe di cessazione e di conseguente consolidazione del diritto di usufrutto col diritto di proprietà. L'art. 492 del nostro Codice ha voluto permettere la cessione totale o parziale dell'esercizio del diritto di usufrutto: anche se avesse voluto significarne la retrodazione, avrebbe voluto significare troppo e quindi non proverebbe nulla l'argomento desunto da esso. Ma quell'articolo ha voluto permettere la cessione dell'esercizio del diritto di usufrutto, e cioè non del diritto reale, ma dei diritti personali, diremo così, utili, i quali fanno

Digitized by Google

parte del contenuto nel godimento di quel diritto reale: poichè appunto l'esercizio dell'usufrutto si traduce nel godimento di quei diritti, sul fondo bensì, ma che in sostanza non oltrepassano certe determinate facoltà o possibilità di esercizio le quali fanno capo alla persona che dell'esercizio stesso è appunto investita. Di fronte al proprietario non vi è che una sola persona investita dell'esercizio del diritto di usufrutto: questa persona può esercitarlo anche a mezzo di rappresentante o di cessionario non importa, ma il cessionario è come il subinquilino che non è affatto riconosciuto dal proprietario della casa, il quale con esso subinquilino non ha contrattato, nè è intervenuto pure a solo titolo di assistenza al contratto concluso con esso dall'inquilino o conduttore principale. L'articolo in esame ha voluto eliminare un dubbio che poteva sorgere a proposito dell'esercizio del diritto di usufrutto, dato il carattere sostanzialmente personale dell'usufrutto stesso, specialmente in confronto del diritto di uso e di abitazione: e però, mentre l'art. 528 Cod. civile dice chiaramente che i diritti d'uso e di abitazione non si possono cedere nè affittare, il citato art. 492 ammette la cessione (totale o parziale) non del diritto di usufrutto, ma semplicemente dell'esercizio del diritto di usufrutto. Ci duole che quest'osservazione, così semplice ed evidente, non sia venuta in mente all'illustre Filippo Serafini neppure nel commento al lib. VII, tit. V, delle Pandette del Glück (1): persistendo egli sempre nel ritenere che quella risoluzione ulpianea non trova più applicazione pratica nel diritto nostro.

82. Per la ricerca intorno a chi possa acquistare una servitù prediale, ossia a favore di chi questa servitù possa costituirsi, noi abbiamo già non poco ragionato nel corso di questo titolo, concludendo come regola generale non potere acquistare una servitù per un dato fondo se non il proprietario o tutti i comproprietari insieme, quantunque con atti successivi, del fondo dominante: e si vide anche come, di regola, l'usufruttuario può bensì ritenere, ma non può acquistare il diritto di servitù. Si è detto anche qualche cosa sulla

(1) V. § 625, nota *d*.

Digitized by Google

possibilità d'un acquisto per interposta persona, o a titolo di vera e propria rappresentanza o a titolo di negozio utile. In diritto romano non abbiamo per vero alcuna risoluzione nè per il sì nè per il no: ma, come fu considerato, potendosi acquistare la proprietà e il possesso a mezzo d'intermediario, in virtù del § 5, Ist. giust. II, 9 (*per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus sed et ignorantibus acquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium*), e della l. 20, § 2, Dig. 41, 1 (*placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium*), molto più poi, in confronto della proprietà, si potrà collo stesso sistema acquistare una servitù, ed anche una servitù prediale. Oggi questo acquisto per mezzo di rappresentante non può non essere possibile: senonchè è d'uopo osservare che tanto il frammento citato delle Istituzioni giustinianee quanto il brano pur citato dei libri sabiniani di ULPIANO parlano di acquisto del dominio *per possessionem*: il che sembrerebbe volere accennare piuttosto all'acquisto per usucapione anzichè all'acquisto mediante titolo. Ma evidentemente quei testi legislativi si occupano *de eo quod plerumque fit;* essendo più probabile che l'intermediario o il rappresentante acquisti per il suo rappresentato a mezzo di usucapione, anzichè il costituente la servitù per equivoco la costituisca a favore del *non dominus* del fondo dominante, ma con intenzione di dar vita ad un vero e proprio rapporto prediale reale senza alcuna traccia di beneficio personale o di obbligazione personale, almeno in via diretta. Però anche in quest'ultima ipotesi, anzi *a fortiori*, non essendo qui il caso di preoccuparsi dell'errore sulla persona, perchè la persona non entra affatto come causa del rapporto giuridico (vedi art. 1110 Cod. civile in ordine al vizio del consenso per errore sulla persona), dovremo ritenere valida ed efficace l'opera del rappresentante; dal momento che quest'opera si manifesta e si produce in una forma più semplice e in un atto o in una serie di atti meno complicati e più brevi. Quanto poi al concorso del concetto di rappresentanza col concetto del negozio utile, oppure quanto alla semplice

Digitized by Google

applicazione del concetto di gestione utile, e per diritto romano e per diritto nostro debbono applicarsi anche alla costituzione della servitù a mezzo di titolo i principî generali di diritto: il negozio utile, quando l'utilità risulta dal fatto compiuto senza mala fede, entra a far parte dell'ordinamento giuridico e non può non produrre conseguenze pratiche e vincoli tutelati appunto e protetti dal diritto. Perchè il concetto di negozio utile non si dovrebbe poter applicare ad un rapporto reale o ad un rapporto prediale? Quali difficoltà vi fanno ostacolo? Forsechè la costruzione della gestione di negozi attiene piuttosto al vincolo personale, anzichè al vincolo reale o prediale? No, certamente: la costruzione della gestione utile di negozio non ha altro sostrato all'infuori della utilità del negozio stesso, e questa utilità è oggettiva; cioè a dire, quantunque si commisuri al soggetto che risente il vantaggio, e cioè al proprietario del fondo dominante, prende consistenza dal fatto e nel fatto stesso trova obbiettivamente il suo contenuto.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

USUCAPIONE

Bibliografia.

Ascoli A. — *La usucapione delle servitù nel diritto romano* (*Archivio giuridico*, xxxviii, 51).

Bessel. — *Teoria dell'acquisto delle servitù per prescrizione* (in *Archiv für civilistische Praxis*, vol. xiii, n. 19).

Bilancia Ortensio. — *Le servitù continue ed apparenti possono acquistarsi colla prescrizione decennale, accompagnata da giusto titolo e buona fede* (*art. 629 e 2137 Cod. civ.*) — (*Filangieri*, 1881, 432).

Buss. — *De servitutum, quam vocant acquisitivam, praescriptione;* Friburg 1829.

Calvano Camillo. — *Le servitù non possono acquistarsi colla prescrizione decennale del giusto titolo* (*Gazz. pret.*, 1881, 97).

Coviello L — *Della usucapione delle servitù prediali nel diritto civile italiano:* studi (Roma, *Rivista scienze giuridiche*, x, 161).

Dal Favero G. — *Della prescrizione acquisitiva delle servitù sulla cosa comune* (*Temi veneta*, 1887, pag. 369).

Fulci L. — *Della estinzione della servitù per mezzo della prescrizione acquisitiva decennale, quando a tale prescrizione va unito il non uso per dieci anni* (*Foro italiano*, 1880, i, 407).

Gianzana S. — *Se, concessa per titolo di un proprietario una presa d'acqua in un dato modo, il trentennale uso della medesima si faccia solo d'estate senza perdere il diritto d'usarne d'inverno* (*Foro italiano*, 1882, i, 922).

Hoffmann. — *Auf welche Weise muss bei Servituten, damit dieselben ersessen werden können, der Besitz erworben und ausgeübt werden?* (in *Civilistische Versuche von Fuhr und Hoffmann;* Darmstadt 1835).

Lecomte. — *De l'acquisition des servitudes par la prescription;* Paris 1876.

Manaresi A. — *Brevi considerazioni intorno all'ammissibilità della prova testimoniale per dimostrare che una servitù di passaggio sia acquistata colla prescrizione sotto l'impero del diritto comune. — Del giusto titolo e della buona fede in materia di prescrizione* (*Foro*, 1880, i, 505).

Digitized by Google

OTTO. — *De usucapione servitutum* (in *Collectio dissertat.;* Traj. ad Rhenum, 1728).

PESCATORE. — *Della prescrizione acquisitiva, mediante possesso, delle servitu prediali* (*Giornale delle leggi*, 1878, 41 e 81).

PICINELLI. — *Usucapione e prescrizione delle servitù* (*Studi Senesi*, e su di esso PRAMPOLINI in *Archivio giuridico*, XXXV, pag. 147 seg.).

RAEVARD. — *Ad legem Scriboniam* (*Oper.*, II, 709).

RETES (DE). — *Succisiva selectio ad legem Scriboniam* (*Meermann Thes.*, tom. VI, pag. 463).

SCHÜPFER C. — *Scienza e pazienza del dominio nella usucapione delle servitù secondo il diritto romano e comune* (*Foro italiano*, 1897, I, 322).

SCOTTI A. — *Le servitù imprescrittibili:* studio sugli art. 541, 617, 618, 629, 630, 631, 634, 637 e 2116 Cod. civ.; Milano 1877, tipografia Rechiedei.

Id. — *Le servitù imprescrittibili e la contraddizione* (*Giornale delle leggi*, 1879, 4).

d. — *Se le servitù continue non apparenti e le discontinue apparenti o non apparenti possano acquistarsi « a die contradictionis »* (*Monitore dei tribunali*, Milano 1878, 3).

VANIER. — *Questions notables sur les servitudes qui ne peuvent pas s'acquérir par la prescription;* Paris 1871.

WALBH. — *Dissertatio de praescriptione servitutum constitutiva.*

(Non usucapibilità delle servitù legali).

Le servitù legali possono formare materia di usucapione? Questo quesito gravissimo è destinato a riprodursi, possiamo dire, nella giurisprudenza di tutte le epoche; nè accenna oggi ancora ad una soluzione pacifica. Eppure, a parte ciò che può dirne la dottrina, nell'art. 629 del Cod. civ. il nostro legislatore ha voluto enumerare la prescrizione trentennale come uno dei modi in cui per fatto dell'uomo si stabiliscono le servitù. Ma si dice che, se il legislatore ha voluto mettere la usucapione come causa d'acquisto della servitù convenzionale, non solo non ha voluto indicarla altresì come mezzo d'acquisto d'una servitù legale, ma ha voluto addirittura intendere che per usucapione non si potesse cambiare il regolamento originario delle servitù legali, le quali rispondono ad una sistemazione d'ordine pubblico e fatta appunto sopra tutto nel pubblico interesse. Queste deduzioni non può dirsi certamente che manchino di chiarezza. Ma si desidererebbe

Digitized by Google

non giungervi così di punto in bianco, senza aver prima percorso con un certo impegno la storia del diritto romano e la dottrina comune, se il diritto romano e la dottrina comune hanno pur qualche cosa da produrre e da presentare in questa materia dell'usucapione delle servitù legali. Ma è evidente, che, finchè non si affermò il concetto dell'immutabilità (*rebus sic stantibus*) dei rapporti naturali di vicinanza tra fondi, non si poteva naturalmente porre un sistema a regole pratiche od empiriche che avessero preso il predominio sullo argomento: il che è quanto dire che si dovrebbe andare in cerca di un regolamento uniforme, in cui le servitù legali figurassero come soggette all'eventualità di continui spostamenti col cambiarsi delle condizioni di fatto che ne accompagnavano prima l'esistenza. Ma davvero un proprio regolamento di polizia urbana o rurale i Romani non avevano: essi avevano soltanto delle leggi o regolamenti per distribuire di volta in volta le terre pubbliche del popolo romano, ma non avevano disposizioni d'ordine generale dirette a fissare norme irrevocabili da un punto di vista elevato e superiore. La legge di ripartizione dei vari agri pubblici poi non faceva naturalmente l'ipotesi che si avessero mai a spostare i confini e la rete della viabilità e tutte le altre servitù attive e passive risultanti dalla distribuzione del territorio stesso in istato di perfetta utilizzazione o sfruttamento delle singole parti di esso: quindi, se sopravveniva l'abuso, questo avrebbe dovuto sistemarsi all'infuori di ogni norma giuridica presente o passata, com'è la sorte di tutti gli abusi. Sarebbero rimaste delle disposizioni o norme future, ad abusi già sviluppati e compiuti: queste disposizioni, che liquidano il passato, talvolta infatti si trovano eccezionalmente comprese in qualche corpo maggiore di leggi sotto forma di norme transitorie, e qualche altra volta si traducono in leggi eccezionali specialmente emanate per provvedere alla sistemazione di diritti o di pretese, che non si possono certamente ritenere armoniche colle leggi vigenti all'epoca in cui si maturarono o coi patti che presiedettero alla loro costituzione.

Questo fu il destino di quasi tutta la proprietà nella Roma preimperiale, col sistema della distribuzione ai cittadini-soldati delle terre espropriate ai popoli vinti: lo Stato romano

Digitized by Google

non faceva che assegnare a *vectigal* o a godimento in genere dietro una corrisposta non equivalente certo all'utilità che dal fondo stesso si ricavava, ma sufficiente ad ogni modo per mantenere costante su quel fondo l'affermazione del dominio quiritario della repubblica. A un certo tempo i concessionari fingono di dimenticarsi della corrisposta, e più tardi, quando cioè l'abuso risaliva già ad epoca immemorabile, fingono anche di dimenticarsi che il dominio politico e civile ad un tempo spettava sempre al patrimonio del popolo romano e alienano liberissimamente o dispongono comunque *iure optimo maximo proprietatis* dei fondi cosiffattamente acquistati dai loro maggiori e da essi conservati, legalmente sempre col vincolo verso lo Stato. E forse in quest'ipotesi potevano anche applicarsi le ll. 12 e 24, Dig. 8, 6, in forza delle quali CELSO e SCEVOLA stabiliscono il principio che, in sostanza, *mala fides superveniens* non nuoce alla retenzione o continuazione di un possesso acquistato già regolarmente, e cioè in buona fede: la qual cosa poi rimase ferma in diritto giustinianeo anche per la l. 12, Cod. 7, 33. Ma intanto l'opera dei GRACCHI, essenzialmente politica, fu pure spalleggiata per la parte giuridica da MUZIO SCEVOLA: e certamente gli argomenti giuridici non mancavano per ritornare all'antica regolarità dei diritti e per ristabilire le cose nel loro stato vero e giuridico, eliminando gli abusi tutti e restituendo le forme dei possessi alla loro verace e sincera costruzione.

Senonchè, più si esamina il quesito dal punto di vista della storia e della dommatica del diritto, e più si viene alla conclusione che le regole stesse del diritto si adattarono anche alla sanzione di talune posizioni di fatto, che per la loro origine dovrebbero certamente ritenersi come abusive: la qual cosa soprattutto occorse per evitare dei gravi e dannosi sconvolgimenti allo stato attuale delle proprietà e incerti riesami di posizioni antiche, delle quali poche più traccie o nessuna traccia restavano ancora. Si dice anche oggi troppo sovente ch'è dannoso rimescolare dei vespai anche soltanto quando ciò è semplicemente e soprattutto fastidioso a chi dovrebbe mettervi le mani: e con questo pretesto, non di rado troppo alla leggiera, si consacrano abusi inveterati abilmente specie in epoche di rivolgimenti politici o di pubbliche calamità.

Digitized by Google

Di qui la tutela possessoria, che tenderebbe ad inspirarsi a criteri di una larghezza enorme; di qui talune compiacenze che qua e là si nascondono sotto la veste di un'abilmente simulata trascuranza; di qui anche qualche lacuna che si crede di far dimenticare con talune sovrabbondanze altrove; di qui anche un sottil velo d'ipocrisia che ricuopre talune argomentazioni di sentenze dei magistrati. D'altra parte, una certa impossibilità di risalire all'inizio del rapporto giuridico vi è, sebbene limitatamente: poichè non di rado si tratta di secoli e allora non vi è buona volontà che valga a risalire tanto indietro, che si possa stabilire una serie continua e non interrotta da oggi a quel tempo, coll'incertezza (se vi è qualche lacuna anche relativamente sol di poco tempo) che una cosiffatta lacuna, se si fosse colmata, avesse pur potuto rappresentare una fase veramente decisiva nella storia della proprietà di quel fondo e delle modificazioni della proprietà stessa. Per il miglior dei partiti è dunque da scegliersi un argomento che tagli corto ad ogni disquisizione urtante o pericolosa: e ciò tanto più per le servitù legali, in quanto sembra che la materia si presti a meraviglia a considerazioni d'ordine generale.

Quindi è che, abbandonando l'idea di domandare alla storia e alla dommatica del diritto romano l'ispirazione per una costruzione adatta delle servitù legali nel loro regolamento uniforme, non vi è che riportarsi ai criteri generali di natura e di ragione, considerando che le servitù legali non sono se non l'esplicazione di quella parte della ragione di vicinanza ch'è regolata dalla natura per motivi di necessità i quali sfuggono bene spesso al nostro apprezzamento. Questi rapporti di natura noi non siamo obbligati che a riconoscere e vedere tradotti nelle nostre leggi, senza che a noi spetti l'onere di alcuna dimostrazione e senza che il nostro còmpito oltrepassi la mera constatazione delle condizioni fisiche e naturali; la qual cosa non richiede un lavorio giurisprudenziale ma un semplice prodotto di osservazione sui fatti di natura così come si presentano ad un primo esame attentamente rivolto sui fatti sensibili del mondo esterno. Questi rapporti di natura, in via generale, sono immutabili e fissi; però non è escluso che talvolta, lievemente spostan-

Digitized by Google

doli, la natura resti adempita senza che la mutazione produca inconvenienti sensibili e senza che per questo l'ordine di natura subisca gravi alterazioni. A mo' d'esempio, lo scolo naturale delle acque dal fondo superiore al fondo inferiore può anche modificarsi in linea tutt'affatto secondaria, senza che per questo possa dirsi l'ordine di natura profondamente alterato: anzichè lasciare alle acque un deflusso equamente e naturalmente distribuito tra le varie parti della superficie di contatto dall'un fondo all'altro, si può con opere apposite limitare e concentrare in parte questo deflusso solo in certi punti per comodo di uno o di entrambi i fondi vicini. Per la qual cosa tuttavia occorre che i proprietari vicini si accordino in modificare siffattamente l'ordine di natura, che questo non resti turbato con violenza, ma solo adattato alle circostanze e agli interessi speciali del caso: le convenzioni in questo senso possono essere molteplici e svariatissime, ma non intaccare profondamente l'ordine di natura, poichè in caso diverso non sarebbe lecito alle parti di variare la sistemazione universale delle cose, con danno e alterazione generale di tutta quanta la vita organica ed inorganica degli altri fondi vicini. Evidentemente, gli spostamenti all'ordine naturale del deflusso delle acque e a tutti i rapporti naturali di vicinanza non possono essere arbitrari nelle parti interessate allo sfruttamento, ma debbono essere convenzionali; e la convenzione vuole essere formata tra tutte quelle persone, niuna esclusa, le quali sono interessate nel rapporto naturale che si tratta di cambiare per adempiere alle esigenze dell'interesse di questo o di quello. La convenzione è sempre possibile, fino a che peraltro non si tratti di contrastare troppo radicalmente all'ordine naturale della sistemazione dei territori, in modo da produrre uno squilibrio generale incalcolabile e dopo il quale non sia più possibile rimettere o ristabilire in qualsivoglia modo un equilibrio permanente che possa coordinarsi coll'ordine universale delle cose. A questo punto termina la possibilità di una convenzione per cambiare le basi della vicinanza naturale; ma prima di giungere a un tal punto è sempre possibile ristabilire l'equilibrio e per conseguenza modificarlo approfittando della possibilità di un tale ristabilimento. La qual cosa non compromette certamente l'ordine naturale,

Digitized by Google

poichè una mutazione ad efficacia limitata non è vero e proprio spostamento.

La regola è dunque che le servitù legali non possono usucapirsi: e solo lo possono le vere servitù, vale a dire le servitù convenzionali, poichè già di per sè l'usucapione accenna ad un fatto dell'uomo, che di regola non è possibile nelle servitù legali, per le quali deve lasciarsi libero il campo all'opera della natura. L'eccezione è che le servitù legali possano usucapirsi se ed in quanto l'opera dell'uomo non contrasta all'opera della natura. Ma, come si disse già, allorchè l'opera dell'uomo si manifesta in qualsivoglia modo nelle servitù legali, queste cessano di esser tali e diventano in parte convenzionali, benchè collegate colle legali stesse per ragion di causa e di costruzione giuridica. La parte convenzionale nel rapporto di vicinanza, ossia il vero e proprio rapporto di servitù può usucapirsi; al modo stesso che potrebbe usucapirsi un rapporto di vicinanza formato in tutto per convenzione e all'infuori di ogni necessità naturale. Ma è d'uopo evitare che l'usucapione di questa parte del rapporto unico, ch'è dovuta all'accordo delle parti, pregiudichi all'esistenza del rapporto di vicinanza necessaria, formante col primo un insieme inscindibile; perchè non è permesso di contrastare alle esigenze di natura nè direttamente nè per via indiretta, anche quando si tratti di rapporti patrimoniali. Se quindi il legislatore italiano ha enumerato la prescrizione trentennale come uno dei modi in cui per fatto dell'uomo si stabiliscono le servitù, ha inteso perfettamente di escludere la protezione stessa per le servitù legali; poichè altrimenti non si sarebbe fermato ad insistere sull'inciso che accenna al fatto dell'uomo. Del resto, non avrebbe potuto fare diversamente: e anche il suo silenzio si sarebbe dovuto intendere nel senso di escludere l'usucapione per le servitù legali intese come rapporti necessari di vicinanza: tanto la cosa è di per sè evidente e fuor d'ogni dubbio, anche all'infuori di ogni disposizione della legge positiva, sia questa una legge di distribuzione e assegnazione di fondi pubblici, sia una legge d'ordine generale compresa in una codificazione più vasta.

Del resto, a convincersi che le servitù legali non possono formare oggetto d'una sistemazione convenzionale e neppure

Digitized by Google

di usucapione, la quale rappresenta una legittimazione di un mero stato di fatto che si verifica nell'interesse privato, basterebbe senz'altro la considerazione che le servitù legali sono essenzialmente ordinate nel pubblico interesse, anzi esclusivamente dirette a regolarizzare i rapporti della convivenza e della coesistenza di varii diritti di proprietà. E, poichè il pubblico interesse è imprescrittibile, evidentemente anche le servitù legali, siccome appunto ordinate a questo interesse, non possono subire diminuzione od alterazione per decorso del tempo, e pur col concorso della buona fede. Ma la cosa non è così semplice come a prima vista apparisce. Si domanda, per l'applicazione del nostro Codice civile, se in forza di prescrizione e del principio d'irretroattività delle leggi, si possa derogare alle distanze legali fissate per le piantagioni dalla linea di confine dei fondi oppure per le fabbricazioni fatte in modo e allo scopo da impedire la domanda di comunione del muro da parte del vicino confinante. Cominciò il SAVIGNY (1) col determinare che per quanto concerne il modo di essere della proprietà, le condizioni e i limiti posti al riconoscimento di essa, il principio della irretroattività delle leggi non può applicarsi. Evidentemente egli vuole alludere alle ragioni di diritto pubblico che informano il riconoscimento e il funzionamento stesso del diritto di proprietà: e a queste stesse ragioni s'informa il GABBA (2) ritenendo che le leggi abolitive delle servitù prediali debbano considerarsi come aventi effetto retroattivo. Ormai su questo punto di vista ci siamo bene intesi intorno a ciò che l'art. 629 del Cod. civile in ordine alla prescrizione come modo d'acquisto delle servitù continue ed apparenti regge contro le cosiddette servitù legali, in favore dell'acquisto di uno stato di fatto o rapporto di servitù convenzionale, solo quando il periodo di tempo nel quale questo stato di fatto si sviluppò e si mantenne ebbe cominciamento, durata e compimento sotto l'impero d'una legge la quale non dispose in forma proibitiva per ragioni pubbliche: ed anche se la pre-

(1) *Sistema del diritto romano attuale*, trad. SCIALOJA; vol. VIII, § 390, pag. 420.

(2) *Retroattività delle leggi;* lib. III, parte II, cap. V, § 2.

Digitized by Google

scrizione acquisitiva dello stato di fatto siasi svolta allorchè queste leggi limitative non imperavano, la presenza delle leggi stesse costituisce un ostacolo permanente ed insormontabile perchè questo stato di fatto, comechè insaldato da lunghissima osservanza, possa mantenersi e perdurare. Il che significa in altri termini come, o lo stato di fatto stesso sia sorto prima della legislazione proibitiva ovvero costitutiva delle limitazioni attualmente vigenti, o lo stato stesso sia maturato sotto l'impero di una tale legislazione proibitiva, esso è sempre uno stato irregolare, che deve cessare per ragioni di pubblico diritto e che non può essere legalizzato dalla prescrizione acquisitiva. Quindi la prescrittibilità delle costruzioni o delle piantagioni a distanza minore della distanza legale è un'eresia giuridica: anche considerata non come prescrizione della libertà del fondo dominante dai ceppi legali ma come prescrizione acquisitiva d'una servitù convenzionale o in forma positiva (*ius implantandi seu construendi*) o in forma negativa (*ius tibi non esse mihi impediendi quominus per me implantatio vel inaedificatio fiat*), questa forma di acquisto cozzerebbe egualmente ed in ogni caso colle sanzioni di una legge proibitiva e cozzerebbe sostanzialmente, profondamente. La logica poi del resto, anche per l'interpretazione del contenuto convenzionale indiretto (il quale entra nella prescrizione per mezzo della tolleranza della parte contro gli interessi della quale la prescrizione stessa si compie), come anche per l'interpretazione della struttura del rapporto come si è venuto formando dallo stato di fatto, deve sempre condurre all'applicazione della legge del minimo mezzo, nel senso che prima di ammettere una limitazione al libero esercizio del diritto di proprietà conviene che la limitazione stessa risulti non contraria alla legge e validamente consentita, in un modo o nell'altro, dalle parti. Ed ora, da quale delle due parti si troverebbe la limitazione, qualora si consentisse di prescrivere una piantagione od una fabbrica a distanza minore della legale? Si limiterebbe la proprietà del *dominus fundi*, il quale può di regola dover piantare alberi a quella distanza che migliore a lui sembra dal confine col vicino, oppure si limiterebbe la proprietà del vicino stesso, il quale, sempre a titolo dominico, può preten-

Digitized by Google

dere che non si mettano piante se non alla distanza legale? Non foss'altro che per la considerazione della prevalenza da darsi alla priorità dello stato di fatto, sembra che la limitazione più grave e veramente saliente possa ravvisarsi nel fatto di colui che pianta a distanza minore della legale e sia sofferta da colui, che, proprietario del fondo vicino, per questa guisa vede cambiarsi, senza ch'egli abbia dato a ciò autorizzazione espressa, il modo di godimento e di esercizio della sua proprietà. La libertà della proprietà del fondo che subisce la piantagione preesisteva in determinato modo e garantita dal diritto della distanza nelle piantagioni, prima che si potesse in qualche guisa affacciare il diritto o la pretesa alla libera piantagione: diritto e pretesa del resto sfatati di fronte alle disposizioni della legge, la quale ha posto le distanze come modalità quasi connaturale e coeva alla proprietà, che per quanto *ius optimum maximum*, non può esistere senza le necessarie limitazioni dovute all'ordine della coesistenza sociale. Dunque, tenendo ferma la saggia riflessione del SAVIGNY che la legge delle distanze ha per oggetto vero la qualità della proprietà che ne invoca l'applicazione per sua tutela, non già la limitazione della proprietà del fondo vicino, direttamente e sostanzialmente, deve dirsi che lo stato di fatto anteriore, con tutte le conseguenze giuridiche connessevi, non può essere mutato: e se taluno possiede limitando per legge il possesso altrui, il possesso limitato non può nè direttamente nè indirettamente emanciparsi da tal sua limitazione e *tantum praescriptum quantum possessum*, anche se la prescrizione concerne la materia petitoria o dal petitorio si trasporta nel possessorio. Il BORSARI, che ammette la possibilità della prescrizione trentennale, qualora lo stato di fatto fosse aperto e pubblico, si propone tuttavia la questione, se, dopo i trent'anni di permanenza di una piantagione fuori distanza legale, possa il proprietario della piantagione stessa sostituire agli individui morti o deperiti della piantagione stessa degli individui nuovi, perchè la piantagione rinnovandosi si conservi. Per noi una tal questione non sarebbe neppur proponibile, dappoichè non ammettiamo la prescrittibilità delle distanze legali; ma, dato che si volesse porre o (per dir meglio) che una necessità pratica ci obbli-

Digitized by Google

gasse a risolvere la questione stessa, noi, pur non collimando col BORSARI (1) nella veduta che conduce alla distinzione tra liberazione di servitù e costituzione di servitù nuova, tuttavia riteniamo di dover applicare com'egli fa, anche qui, la massima *tantum praescriptum quantum possessum*, nel senso della immedesimazione della prescrizione coll'individuo o individui al quale o ai quali nel decorso del tempo ebbe a riferirsi, considerati appunto individualmente e non complessivamente, cioè non come unità i cui membri possano sostituirsi. Tanto più questa soluzione si applicherà alla ricostruzione, che noi riteniamo evidentemente non permessa, di edifici antichi i quali non si trovino in regola colle leggi sulle distanze.

---

(1) *Commentario al Cod. civ. italiano:* art. 581, § 1173.

Digitized by Google

CAPO I.

Quasi-possesso delle servitù.

83. La incorporalità delle servitù e la necessità di un'assimilazione strutturale. — 84. La *iuris quasi-possessio* oltre il campo interdittale. — 85. Oggetto di usucapione non è la cosa serviente, ma il diritto di servitù. — 86. Oggetto e ragioni della legge Scribonia. — 87. Della *usucapio libertatis* in particolare. — 88. Possesso *iure proprietatis* e possesso *ad usucapionem libertatis*. — 89. Inconcepibilità di atti clandestini nell'*usucapio libertatis*.

83. Sulla possibilità d'un possesso o quasi-possesso delle servitù la controversia è antica e veramente capitale, a cominciare dall'*usus auctoritas* od usucapione biennale della legislazione decemvirale, per terminare colla moderna prescrizione, i cui dintorni sono per fortuna meglio delineati; talchè il contenuto n'è più preciso e netto. Evidentemente, le cose che non hanno consistenza corporea non possono essere possedute nel modo ordinario della esplicazione e rappresentazione pratica del possesso, cioè mediante detenzione effettiva della cosa che si possiede: dappoichè è impossibile concepire che un diritto si tenga, o anche soltanto che si esercitino atti materiali di sorta sopra un bene incorporale. Quindi non vi erano che due vie: o escludere del tutto ogni idea di possesso od ogni concetto di cosa o diritto che al possesso potesse assomigliarsi; oppure cercare alla meglio di configurare la posizione giuridica del rapporto che lega la persona al diritto e assimilare questa posizione il più possibilmente al possesso. Vi era poi questa necessità di creare tale un rapporto giuridico tra persona e diritto, per cui si dovesse figurare qualche cosa di ben paragonabile ai rapporti possessori? Questa necessità vi era, perchè non è possibile concepire praticamente il diritto di proprietà, senza ravvisarne nel possesso un'esteriorità necessaria e imprescindibile: e, se possesso non può darsi, nel quasi-possesso. Questa esteriorità materiale è necessaria per offrire il nucleo giuridico del concetto di proprietà, dappoichè ogni concetto giuridico vuole avere un sostrato o base di fatto come punto di partenza, talchè possa dirsi che dal fatto derivi il diritto. Ma trattandosi di un diritto di cui

Digitized by Google

voglia affermarsi la proprietà, in qual modo è possibile preparare questa piattaforma o condizione di fatto, dalla quale la proprietà stessa possa ritenersi originare? In effetto, una tal condizione reale manca, perchè dei diritti non è data la fisica disponibilità ad alcuno, non prestandosi essi a vera e propria apprensione, nè detenzione, nè altrimenti a qualche estrinsecazione materiale di possesso. Perlocchè gravi difficoltà s'incontrano a concepire, senza una fisica disponibilità assimilabile al possesso o traducentesi nel possesso stesso, che un dato diritto divenga atto alla proprietà. Per venire dunque in sussidio a queste necessità petitorie, indispensabili perchè dal diritto di servitù possa ricavarsi un costrutto purchessia, è indispensabile a sua volta di foggiarsi un concetto possessorio, che, se non è il vero concetto tipico del possesso, per lo meno si avvicini a quello e ne raffiguri in certo modo l'immagine. Questa la prima necessità, che potrebbe anche dirsi necessità rudimentale per delineare nella generalità dei casi una teoria del possesso accanto ad una teoria della proprietà; benchè il concetto e la costruzione del possesso presenti altresì delle necessità indipendenti dalla costruzione del concetto di proprietà. Ma di queste necessità indipendenti dal concetto di proprietà, quì, trattandosi di quasi-possesso di servitù prediale, non è d'uopo tener conto; poichè non può idearsi servitù prediale senza proprietà del fondo dominante e lo stesso possesso che serve per affermare all'infuori della proprietà il diritto alla fisica disponibilità sul fondo dominante, è anche sufficiente per affermare il diritto alla fisica disponibilità di quel fondo colla servitù attiva che ad esso si trova unita. Senonchè, appunto per l'acquisto della servitù a mezzo dell'usucapione, è necessario accennare ad un concetto di possesso o quasi-possesso distinto del tutto dal possesso del fondo, col quale poi, dopo avvenuto l'acquisto, per la natura stessa dello *ius optimum maximum* di proprietà, giungerà necessariamente a confondersi.

Si domanda se le servitù siano atte al possesso o al quasi-possesso. PAOLO, ne' suoi commenti edittali (L. 3 pr., Dig. 41, 2) disse chiaramente che le cose corporali sono atte al possesso: per vero non aggiunse nè *soltanto* nè *soprattutto*, ma nel § 1

Digitized by Google

spiegò questa sua asserzione dicendo che il possesso si acquista *corpore et animo*, nè soltanto *animo* o soltanto *corpore*. E di qual *corpus* è mai rivestita o può rivestirsi una servitù, se pure questo diritto non possa convertirsi nell'oggetto di esso? Ma, lo ripetiamo, l'oggetto del diritto di servitù attiva spettante a un fondo si amalgama e si comprende nel diritto di proprietà sul fondo stesso, considerato questo diritto di proprietà in tutta la sua estensione e nelle manifestazioni generali e speciali che ne formano il contenuto. Di tal guisa, quando il diritto di servitù è in esercizio, non vi è d'uopo di una costruzione giuridica del possesso sulla servitù, indipendente dal possesso del fondo dominante: ma prima che ciò avvenga non è in alcun modo possibile di sfuggire a questa necessità veramente pratica e proprio imprescindibile. Ed ecco subito correre il pensiero ad una di quelle tante costruzioni assimilatorie che i Romani così bene solevano designare col predicato *quasi*, che rappresenta una vera impotenza organica di fronte ad una grande forza di fantasia assimilatrice e ad una grande potenza di confronti e di unificazioni. Che ogni posizione giuridica non trovi esattamente la sua rispondenza in una costruzione dommatica sistematica, è in gran parte il prodotto della natura stessa delle cose e della imperfezione umana; non depone nè contro il carattere scientifico della giurisprudenza, nè contro gli esatti risultati dei nostri studi, i quali, alla stretta dei conti, non hanno un campo di operazione dove la tradizione dottrinale e un certo tal quale convenzionalismo tecnico non esercitino la loro influenza determinante ed anche necessaria. Ed è appunto meravigliosa in diritto romano questa ripresa di vitalità malgrado la imperfezione organica di qualche congegno: ma è anche possibile e facile, accordata una volta l'introduzione di questi istituti assimilati, abusare dell'istituzione stessa per superare con troppa leggerezza talune difficoltà, le quali potrebbero eliminarsi con mezzi un poco più studiati o complicati, ma pur sempre superarsi senza ricorrere alla facile assimilazione. Lo stesso si dice e nel diritto romano e nel diritto vigente, trattandosi di finzioni giuridiche: sovente alle finzioni si ricorre per necessità di interpretazione o di costruzione giuridica, ma non meno

Digitized by Google

sovente ancora può farvisi ricorso per ozio o per incoscienza o per abitudine: le quali cose sono tutte assolutamente pericolose e da riprovarsi. La necessità ha i suoi limiti, e, quando questi limiti si varcano, il concetto della necessità rimane scosso e si danneggiano anche i casi nei quali vera e propria necessità si riscontra; talchè tutto quanto l'edifizio delle finzioni giuridiche e delle assimilazioni strutturali cade e crollando trascina con sè quanto potrebbe recare di veramente utile e di veramente rispondente alle esigenze pratiche, le quali per tal modo finiscono col rimanere senza adempimento e senza soddisfazione vera, anzi senza adempimento. La giusta moderazione e il prudente temperamento nelle assimilazioni e nelle finzioni invece è il mezzo unico per far sì che, nei casi in cui tali finzioni o assimilazioni si ravvisano come necessarie, possano applicarsi in tutta la loro efficacia e con tutte le risorse e con tutti gli effetti che se ne ripromettono.

Ma, sulla cosa ch'è oggetto dell'esercizio della servitù, vale a dire sulla cosa serviente, è necessario od è per lo meno ammissibile il possesso o il quasi-possesso, in materia di servitù prediali? Si è detto che per l'osservatore, estraneo ai rapporti patrimoniali tra fondo dominante e fondo serviente, il veder passare per il fondo serviente il proprietario di esso fondo non è come vedervi transitare il proprietario del fondo dominante e neppure il possessore di esso fondo, o l'affittuario o l'inquilino: il proprietario, il possessore, l'affittuario e l'inquilino s'intrattengono quasi ad ogni passo per ammirare con compiacenza lo stato produttivo o le comodità e le bellezze del fondo attraversato, nel quale l'esercente il diritto di servitù si sente d'ordinario poco meno che estraneo. L'esercente il diritto di servitù, trattandosi di passaggio, non può nè deve intrattenersi nel fondo più di quanto sia necessario al comodo passaggio di un viandante: può senza dubbio riposarsi per uno o più tratti, qualora le sue condizioni di salute e la sua stanchezza lo richiedano. Ma non può andare più oltre; non può *pomum decerpere, otiari, spatiari* nel fondo serviente, se pure per far questo non abbia acquistato un apposito diritto o appositi diritti di servitù. Quindi conviene rigorosamente fissare e in teoria e in pratica che il diritto di servitù sopra un fondo non equivale affatto nè

Digitized by Google

comprende il possesso di tutto o parte del fondo serviente. Se vi sono manufatti proprii nel fondo serviente per l'esercizio del diritto di servitù sul fondo medesimo (come ad esempio tubi o condutture per la servitù di acquedotto), in tal caso evidentemente il proprietario del fondo dominante ha sui medesimi la proprietà e il possesso (il tutto *iure dominii*, trattandosi di dominio pieno, cioè ottimo massimo): ma ciò non accade certamente per ragion di servitù, poichè questa potrebbe esercitarsi egualmente se i manufatti si trovassero in proprietà di un terzo o del proprietario del fondo serviente. Basterebbe il semplice uso di quei manufatti per render possibile l'esercizio della servitù, e, bastando l'uso, non è il caso di richiedere nè possesso nè proprietà: e sarebbe errore gravissimo il supporre che un diritto, il quale può esercitarsi con assai minore spostamento nella proprietà del fondo serviente, debba esercitarsi proprio in modo tale, che la sua azione debba risentirsi più gravemente e in forma più pesante e fastidiosa, come se la servitù stessa non dovesse invece esercitarsi in via il più possibilmente economica. Applicando la legge del minimo spostamento dei diritti preesistenti, si deve naturalmente venire a questo, che, oltre l'atto e il momento del passaggio, il fondo serviente non debba essere molestato in alcun modo; poichè ogni aumento di molestie oltre l'esercizio legale del diritto di servitù sarebbe l'esplicazione di un diritto diverso dal diritto di servitù: la qual cosa è perfettamente estranea al contenuto della servitù stessa, nel quale per ragion della trattazione siamo obbligati di rimanere. È vero che non di rado i legislatori, e, più precisamente, gli autori del nostro Codice civile, per desiderio di regolamentare tutti gli atti giuridici, specialmente quando si presentassero come accessori ad altri atti o a negozi giuridici fondamentali, s'indussero a governare questi atti accessori insieme col negozio principale, creando d'altra parte dei congegni giuridici superflui e perfuntori (1). Se vi sono invece, accanto alla convenzione stretta per la

(1) Nel Cod. civ., agli art. 1693-1695, si è voluto p. e. creare una soccida col mezzaiuolo, che si dice terminare col fine della locazione (art. 1694), come se poco prima non si fosse detto terminare colla fine della locazione anche la soccida coll'affittuario (art. 1692); ma ciò non può per

Digitized by Google

costituzione e l'esercizio della servitù, altri patti che possano aiutare, facilitare o completare l'esercizio della servitù stessa, questi patti hanno il loro contenuto speciale e la loro sanzione giuridica distinta, nè si possono confondere colla servitù e colla sua costituzione; e ciò per quanto colla servitù stessa possano presentare molteplici e bene intime affinità economiche e giuridiche. In taluni casi infatti l'unità della configurazione giuridica di varî rapporti che conducono allo stesso contenuto non è punto necessaria: essenziale è che la posizione di fatto riesca senza contraddizioni e senza anomalie. Per tal modo si ha l'unità di fatto, cioè la vera utile e proficua unità, e non già l'unità di diritto, ch'è di per sè o fittizia o per lo meno di pochissimo significato quando scompagnata dall'unità di fatto.

84. Ciò posto, e vale a dire esclusa ogni idea di possesso avente per oggetto il fondo serviente, si vede che il proprietario del fondo dominante, nell'atto di esercitare il proprio diritto di servitù, non possiede nè può possedere, per effetto dell'esercizio stesso di questo suo diritto di servitù, nulla più nel suo fondo o nel fondo serviente, di quanto possederebbe o potrebbe possedere se la servitù non esistesse nè punto nè poco. Resta dunque a considerare la servitù stessa quasi come staccata e dal fondo dominante e dal serviente: s'intende distaccata idealmente e in configurazione di diritto, come se il diritto stesso fosse una cosa diversa dal soggetto e dall'oggetto, e cioè dal fondo dominante e dal fondo serviente. Or questo certamente in fatto non è: il diritto di servitù senza il fondo dominante e il fondo serviente e i rispettivi proprietari non potrebbe certo esistere; ma esso senza dubbio si può intendere d'una maniera astratta, perchè certamente un concetto giuridico non è la stessa cosa nè dell'oggetto suo nè dei soggetti attivo o passivo del suo eser-

---

altro essersi fatto se non per dare sanzione e valore ai patti speciali sul riparto della lana, degli utili e del latte. Senonchè questi patti speciali non sono nè più e nè meno che patti aggiunti alla soccida col mezzadro, che non è se non una delle tante estrinsecazioni del contratto di mezzadria, come sappiamo, regolata dal Codice civile immediatamente prima della soccida.

Digitized by Google

cizio. Ma pur dunque, o converrebbe escludere l'usucapione dai modi d'acquisto delle servitù, o è d'uopo ammettere il quasi-possesso delle servitù stesse; appunto perchè soltanto in questa ipotesi si può concepire un'usucapione. E quel che sembrerebbe strano, se fosse effetto d'una costruzione giuridica immaginaria, diventa facilmente spiegabile quando è l'effetto di un lavorìo storico lungo e paziente, dalle origini sino a noi. Si considerò pertanto il diritto: e, considerandolo come immateriale e però non capace di possesso vero, si attese invece al quasi-possesso, ch'è rivolto non a un fatto ma a un diritto, e pertanto può anche chiamarsi *iuris quasi-possessio*. Non è dunque vero, almeno per il nostro ragionamento, che *quasi-possessio* sia diversa da *possessio iuris* e sorga accanto a questa; perchè il diritto non può assolutamente essere posseduto, e se v'è un quasi-possesso, questo non può essere applicabile se non principalmente a un diritto. A questa conclusione furono opposte non lievi obbiezioni; e tra le altre gravissima quella che dovessero tanto il possesso della servitù quanto quello della proprietà intendersi egualmente o possesso di cosa (cioè possesso vero e proprio nel senso comune dell'espressione) o quasi-possesso. Che, intendendo per quasi-possesso il potere fisico sulla servitù e per la servitù, dovesse intendersi per quasi-possesso anche il potere fisico inerente alla proprietà. Ma è d'uopo soprattutto guardarsi, come dicemmo già, dall'esagerazione dell'astrazione del concetto giuridico di un diritto. Il diritto di proprietà è tale un diritto, la cui pienezza si può estrinsecare indipendentemente da qualsivoglia rapporto con altri fondi diversi da quello sul quale il diritto stesso si estrinseca: ma il diritto di servitù prediale per necessità suppone l'esistenza di due fondi, l'uno dominante e l'altro serviente, e perciò non può nè concretarsi nel tutto o nella parte dell'uno o dell'altro di essi, nè può consistere in un oggetto o in una cosa diversa e dal fondo dominante e dal fondo serviente, nè può ritenersi consistente nei manufatti o negli strumenti della servitù. Ciò è precisamente la conseguenza della caratterizzazione giuridica dell'istituto della servitù e non vi è cavillo che possa trar profitto di questa sua normale e ordinaria configurazione per muovere delle difficoltà che non

Digitized by Google

hanno ragion d'essere e non debbono prendersi sul serio. Che sia possibile aversi un quasi-possesso della proprietà non devesi neppure supporlo: tanto ciò sarebbe assurdo e inconcepibile, di fronte alla pienezza dell'esercizio di tutte le facoltà di diritto e di fatto sulla cosa stessa che della proprietà forma oggetto, senza la necessità di ricorrere ad assimilazioni di sorta; mentre invece la proprietà coi diritti tutti che ad essa si riferiscono è appunto la misura e come la pietra di paragone di tutte le figure patrimoniali e di tutti i diritti minori che si graduano attorno ad essa, fino p. e. al lontanissimo e invisibile rapporto d'ipoteca che sulla cosa non lascia traccie di fatto, ma solo traccie di diritto, fino a che non si traduce nella espropriazione, vale a dire nell'uso effettivo della garanzia alla quale l'ipoteca è ordinata, nel caso che lo stadio patrimoniale al quale si connette venga ad acutizzarsi, ossia nel caso di persistente insolvenza del debitore il cui fondo è colpito da questo vincolo.

Si dice peraltro che la *iuris quasi-possessio* sia stata introdotta non già per la usucapione della servitù ma per gli interdetti; nel senso che, dovendosi trattare di un potere limitato sulla cosa, il pretore abbia voluto dare l'uso degli interdetti possessori anche dove il possesso non poteva risultare così come risultava quando manifestazione esteriore del diritto di proprietà. Ma per verità non si può comprendere come siasi voluto intendere che il quasi-possesso sia stato creato per dare la possibilità di applicazione agli interdetti, mentre gli interdetti si radicano principalmente sul possesso vero. Che se si sono voluti estendere gli interdetti dal possesso al quasi-possesso, certamente la questione risorge intatta ancora, dovendosi sempre ricercare qual necessità dunque vi fosse di ricorrere in quei determinati casi alla costruzione d'un quasi-possesso e perchè mai fosse controindicata la normale configurazione del possesso. E poi il pretore, se avesse voluto evitare questo scoglio del possesso o del quasi-possesso, si sarebbe certamente potuto servire di una circonlocuzione diretta ad accordare la tutela interdittale all'avente lo *ius in re*, come a dire all'usufruttuario, all'usuario e via dicendo. Questo modo di circonlocuzione non avrebbe certamente pregiudicato l'essenza della protezione giuridica; ma certamente

Digitized by Google

la questione sulla necessità di una costruzione possessoria o quasi-possessoria sarebbe sôrta principalmente trattandosi di un diritto frazionario della proprietà, non concentrato effettivamente sopra una cosa o parte della cosa; e più che altro trattandosi di servitù, la cui natura appunto è perfettamente disgiunta dal fondo dominante e dal serviente isolatamente considerati, e sempre in ordine al contenuto di essa. Però è giusto osservare che, dato lo scopo veramente possessorio degli interdetti, il proteggere il possessore nell'uso e godimento della cosa equivaleva infatti a proteggere il possesso: per la qual cosa anche soltanto nell'uso degli interdetti poteva proporsi in tutta la sua importanza ed estensione il quesito se anche per l'esercizio delle azioni possessorie o soprattutto anzi per un tale esercizio sia stata introdotta la finzione del quasi-possesso; la qual cosa tuttavia non sembra certa. E la ragione, almeno teorica, sembra questa. L'equità del pretore aveva un campo di cui non ci è dato misurare senz'altro i confini: epperciò noi non ci sappiamo render ragione di ciò, che il pretore fosse realmente astretto di ricorrere ad una costruzione del quasi-possesso per accordare azioni possessorie o quasi-possessorie, mentre nè una tecnica imprescindibile nè altri argomenti di forma la vincolavano punto ad adoperare e concedere delle azioni possessorie o quasi-possessorie, anzichè delle azioni per il semplice usufrutto, uso o godimento. Anche se questi interdetti si fossero voluti modellare sugli interdetti possessori, non v'era ragione alcuna di ricorrere per essi alla costruzione d'un quasi-possesso. La necessità di una costruzione del quasi-possesso, lo ripetiamo ancora una volta, si verificava soprattutto in materia di servitù prediali, che, pure avendo una parte di diritto eminente e quasi *optimum maximum* sul genere della proprietà, non poteva tuttavia vantare e presentare quello stato di fatto il cui stato di diritto corrispondesse a quel dominio eminente parziale che noi non possiamo neppure esprimere senza cadere in un'astrazione grandissima, fingendoci una quasi-proprietà dove pur mancano moltissimi degli attributi che nella proprietà stessa si riconoscono.

Or dunque, dovendoci rappresentare uno stato giuridico di fatto corrispondente ad uno stato giuridico assoluto o di

Digitized by Google

diritto, che proprietà non è, non possiamo naturalmente parlare di possesso, ma al più soltanto di quasi-possesso, ossia di uno stato di fatto che presenta tutti gli estremi del possesso, ad eccezione della rispondenza alla posizione giuridica della proprietà. D'altra parte, non si è inteso il bisogno di creare, per semplici ragioni procedurali, il quasi-possesso sul pegno del creditore pignoratizio; che anzi, riconoscendosi a questo il possesso vero e proprio, non si trovò ostacolo di sorta in accordargli anche le ordinarie azioni possessorie. Per dimostrare del resto che il creditore pignoratizio avesse effettivamente il possesso della cosa pignorata potrebbero citarsi molti frammenti: basti invece richiamare soltanto la l. 16, Dig. 41, 3; dalla quale risulta che colui che dette un pegno a garanzia del proprio debito possiede soltanto *ad usucapionem*, mentre il creditore possiede per tutto il resto, talchè può persino aggiungere al possesso proprio quello del debitore stesso. Nè ci preoccupa soverchiamente la riflessione che questo frammento non sia immune da un forte sospetto d'interpolazione, com'ebbe a notare l'EISELE (1), perciocchè l'interpolazione riguarda solo le parole *quod ad reliquas omnes causas* e *accepit*, e non altera naturalmente la sostanza del frammento e il suo significato fondamentale e diremo quasi di base a tutto quanto il ragionamento.

Che il possesso del creditore sul pegno sia naturale piuttostochè civile è del resto per noi indifferente; ed è pertanto indifferente per noi l'interpretazione della l. 3, § 15, Dig. 10, 4, vers. *denique*, quantunque possa essere alquanto interessante per lo studio della costruzione giuridica dell'*exhibitio* che l'*actio ad exhibendum* si accordasse anche a riguardo di un possesso naturale, sebbene di sua propria indole fosse azione civile. Ma del resto il quesito sulla *iuris quasi-possessio* riferita alle servitù resta sempre fermo senza che le risoluzioni richiamate vi esercitino un'influenza diretta. Potremo anche esimerci dall'esame se veramente a tutela del diritto ipotecario competa l'interdetto salviano *adipiscendae possessionis*, e se il sequestratario veramente possieda e come, cioè se naturalmente o civilmente. Per noi, naturale o civile, è proprio

(1) In *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtgeschichte*; vol. 18.

Digitized by Google

necessario indagare se (quanto alle servitù) possa darsi possesso o quasi-possesso, e quando diasi il possesso e quando il quasi-possesso: nel caso che entrambi concorrano quale per un verso e quale per l'altro, quale in una e quale in altra ipotesi. Or dunque, prima di tutto è d'uopo osservare che la fisionomia giuridica delle servitù è sempre una e la medesima, sia che si tratti di una o di altra conformazione o configurazione della servitù stessa; e così tanto se vi sono opere manufatte che spettino in proprietà al proprietario del fondo dominante, quanto se tali manufatti non vi siano. Quì si dice dunque che vi sono taluni diritti reali, i quali richiedono la detenzione della cosa, e ve ne sono altri che tale detenzione non richiedono: alla categoria dei primi apparterrebbero la enfiteusi, la superficie, il pegno in senso stretto e le servitù personali; alla categoria delle seconde apparterrebbero le servitù prediali. Ma prima di tutto sembra a noi inesatto il dire che l'enfiteusi richieda la detenzione della cosa: perchè, intanto, per il direttario questa detenzione è necessariamente esclusa dalla presenza di un utilista; e per gli stessi titolari delle servitù personali non è una tale detenzione necessaria in senso proprio, dappoichè solo in tanto si richiede il potere fisico del titolare sulla cosa, in quanto è necessario fare di questa cosa quello sfruttamento ch'è necessario all'esercizio della servitù. Per quanto questo potere fisico possa ritenersi esteso ed anche comprensivo, è giuocoforza riconoscere che non si potrà mai giungere a costruire il rapporto possessorio, nè quanto alla tutela, nè quanto al contenuto, nè quanto a qualsivoglia carattere del possesso. Noi dobbiamo confessare che è d'uopo cambiare strada, se non si vogliono materializzare dei concetti immateriali, solo per lo scrupolo di ricorrere ad assimilazioni che ravvicinano il rapporto conosciuto al rapporto sconosciuto con un-quasi. Non vi è detenzione, non vi è potere fisico che possa eccedere od oltrepassare il puro necessario allo sfruttamento dei servigi o delle utilità della cosa serviente: finito l'atto necessario per l'esercizio della servitù e cessato l'istante dello sfruttamento, il fondo serviente rimane nel suo stato normale ed è immune da ogni restrizione o limitazione, che, per la tendenza naturale dei fondi alla libertà piena, non può eccedere i suoi limiti pre-

Digitized by Google

cisi e non è suscettibile di un'interpretazione estensiva qualsiasi, per quanto di poco od anche pochissimo eccedente il campo originario di costituzione della servitù. Il possesso invece non è un diritto saltuario o intermittente mai, ma sempre a efficacia continuativa e perenne, come d'uno stato di fatto permanente; però questa veduta già includerebbe la distinzione tra le servitù continue e le discontinue, della quale ci occuperemo nel successivo capo terzo. Senonchè il punto decisivo è questo: che lo sfruttamento spettante al proprietario del fondo dominante non escluda, per quanto comportabile, il contemporaneo sfruttamento del proprietario del fondo serviente, nello stesso senso, ma *iure proprietatis:* rispettato prima l'esercizio del diritto attivo di servitù, quello che resta nel contenuto del diritto che apparisce di servitù nei rapporti tra il dominante e il serviente rimane *iure proprietatis* nel proprietario del fondo serviente come se per quella parte il diritto di proprietà fosse libero nel suo esercizio. Il diritto di servitù non è dunque esclusivo come il diritto di proprietà, per quanto l'atto lo comporta: noi possiamo benissimo vedere tanto il proprietario del fondo dominante quanto il proprietario del fondo serviente passare entrambi contemporaneamente per una stessa strada o viottolo attraversante il fondo serviente ed anche attraversare questo viottolo per recarsi da una stessa parte ad una stessa parte. Il diritto di proprietà invece, in tanto in quanto non è limitato da diritti reali spettanti al non proprietario, è in tutta l'estensione del termine esclusivo di ogni attività o di ogni ingerenza altrui; salvo, s'intende, le limitazioni dovute all'ordine pubblico e nei confini ristretti in cui l'ordine pubblico per ragioni di necessità può esplicare la sua influenza nel patrimonio dei privati, e specialmente nel patrimonio immobiliare. Questo è il vero punto fondamentale, per il quale si argomenta che il possesso della via (a mo' d'esempio) resta sempre nel proprietario come parte del diritto massimo di proprietà: diritto ch'egli esercita praticamente accanto allo stesso proprietario del fondo dominante e forse con maggiore intensità di esso, per quanto la servitù possa essere esercitata con una certa continuità e costanza. Se invece il proprietario del fondo dominante fosse il possessore del fondo

Digitized by Google

serviente, almeno per quanto è necessario all'esercizio del diritto di servitù, si avrebbero due possessi contemporanei: quello del proprietario del fondo serviente, *iure proprietatis;* e quello del proprietario del fondo dominante, *iure servitutis.* Ma il proprietario non può dividere il possesso del proprio fondo se non con un comproprietario, ossia con tale che abbia eguale quantità di diritti petitorî: dappoichè il petitorio e il possessorio, per quanto siano distinti per comodità di ragionamento giuridico, tuttavia in pratica s'influenzano l'un l'altro sostanzialmente. Si può concepire che il proprietario ceda o abbandoni ad altri il possesso del fondo proprio; ma non si può concepire che eserciti il suo possesso insieme ad altro avente diritto sul fondo, ma che non sia un comproprietario del fondo stesso. Posta quindi nettamente la questione del possesso, senza vagare in vani sofismi o in argomentazioni fantastiche, si delinea senza meno l'entità e l'importanza d'una soluzione siffatta per la determinazione e la fissazione di molti punti del diritto possessorio e della tutela del possesso.

85. Partendo da questa conclusione, anzitutto si viene a questo che, se le servitù possono essere oggetto di qualche possesso, è sempre il diritto di servitù che ci si può rappresentare come un tale oggetto, e non già la cosa serviente o quella parte di essa che entra nel rapporto di servitù. Il possesso del diritto si deve costruire perchè è necessario proteggere in forma anche soltanto possessoria l'esercizio della servitù: l'insufficienza della protezione soltanto petitoria sarà dimostrata a suo luogo. Per la protezione possessoria non si può scegliere altro mezzo da quello infuori che si traduce nella costruzione possessoria del diritto considerato come diverso e dalla cosa dominante e dalla cosa serviente. Nel diritto romano antico vi era l'*usucapio servitutum:* quella stessa che la *lex Scribonia* volle *sublata,* come risulta, fra gli altri, da un frammento dei commenti edittali di Paolo (L. 4, § 29, Dig. 41, 3), il quale spiega colla miglior chiarezza che colla *lex Scribonia* si era voluto sopprimere soltanto l'usucapione come mezzo di acquisto delle servitù e non già l'*usucapio libertatis,* ossia l'usucapione come mezzo di estinzione della

Digitized by Google

servitù stessa. Il diritto antico che ammise l'usucapione come modo d'acquisto delle servitù non trovò evidentemente tutte quelle difficoltà che furono poi affacciate nella giurisprudenza classica da PAOLO e da GAIO con tale una sicurezza di opinioni, che migliore non potrebbe desiderarsi. PAOLO (L. 14 pr., Dig. 8, 1) dice che le servitù de' predii rustici, *etiamsi corporibus accedunt*, sono incorporali e però non possono usucapirsi anche perchè le servitù sono tali da non presentare *certam continuamque possessionem* (1). Era dunque il concetto rigoroso che usucapione non dovesse darsi dove non era possesso vero nel senso di potestà obbiettiva sopra e verso un determinato oggetto: *quia nec possideri intelligitur ius incorporale*, dice lo stesso PAOLO in l. 4, § 27, Dig. 41, 3. A PAOLO poi fa eco GAIO nella l. 43, § 1, Dig. 41, 1, dicendo che *incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est;* quantunque coll'espressione — *usucapionem recipiunt maxime res corporales* — nella

(1) *Nemo* (spiega il giureconsulto) *tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur:* ma poi osserva che la stessa conclusione deve farsi per le servitù urbane per le quali tuttavia il concetto di continuità può anche apparire con molta chiarezza. S'intende naturalmente che, parlando il giureconsulto di *certa et continua possessio*, intende soprattutto riferirsi al possesso oggettivo della cosa o della parte della cosa nell'atto e per l'atto della servitù; ma non pregiudica affatto quanto da noi si disse più sopra circa il possesso del diritto astratto di servitù. Del resto, se anche PAOLO volesse alludere al possesso del diritto, nulla di strano che, ai suoi tempi, la corrente contraria alla legge Scribonia avesse raggiunto tale intensità, da rendere inconcepibile una costruzione del possesso del diritto di servitù, appunto per mancanza di materializzazione dell'oggetto e perchè d'altra parte forse sembrava azzardato il concetto del quasi-possesso. Si vede, al più, che l'assimilazione al possesso del diritto non di possesso sulla servitù considerata quale organismo giuridico forse dapprincipio si concepì con minore difficoltà di quello che in seguito; la maggiore elasticità dei concetti giuridici dipendendo allora assai probabilmente dalla limitazione del campo in cui si esplicavano quei pochi congegni che occupavano tutta quanta l'estensione dei rapporti patrimoniali. Estendendosi poi questi per via di molteplici diramazioni, grazie all'espansione di tutta quanta l'attività individuale e collettiva, si vide forse il bisogno di rettificare e correggere talune assimilazioni che nella pratica si erano mostrate cause d'inconvenienti considerevoli. Ai frammenti citati di PAOLO si potrebbe poi aggiungere la l. 28 pr., Dig. 8, 2.

Digitized by Google

l. 9, Dig. 41, 3, egli stesso possa aver lasciato supporre che non abitualmente nè propriamente, ma forse talvolta in via eccezionale le stesse servitù o in genere le stesse cose incorporali possano in qualche modo *recipere usucapionem*. Ad ogni modo, non si creda che le difficoltà provenienti da queste opinioni di GAIO e di PAOLO, così apertamente e recisamente manifestate, siano da prendersi a gabbo, se non altro per la tendenza che rappresentano: per quanto anche quì si discuta se questo divieto di possesso e di usucapione si riferisca a tutte le servitù o soltanto alle servitù urbane.

In contrario, almeno per quanto appare alla prima lettura, a queste opinioni di GAIO e di PAOLO, si ha ULPIANO che nella l. 10 pr., Dig. 8, 5, parla di acquisto dello *ius aquae ducendae diuturnu usu et longa quasi-possessione;* nella l. 1, § 23, Dig. 39, 3, afferma che *et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur;* nuovamente, nella l. 5, § 3, Dig. 43, 19, che *si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc* (de itinere actuque privato) *uti potest.* Or dunque si vede che a un certo punto le difficoltà tanto fortemente accentuate da PAOLO e da GAIO più non sussistevano o che per lo meno la figura della prescrizione acquisitiva si presentava a ULPIANO da un altro punto di vista per il quale le difficoltà dell'ammissione erano per lo meno di entità minore. La spiegazione di questa differenza di vedute sembra che si voglia dare nel senso, che si trattasse di due istituti diversi: che cioè l'usucapione abolita dalla *lex Scribonia* per le servitù ritornasse poi come *longi temporis praescriptio,* fondata sulla tutela che il magistrato accordava al *diuturnus usus,* alla *longa quasi-possessio,* alla *longa consuetudo,* alla *longi temporis consuetudo.* Non tanto forse (s'intende dire) questo modo d'acquisto si riteneva possibile perchè si fosse potuto possedere comunque il diritto di servitù, quanto piuttosto perchè si voleva accordar protezione ad uno stato di fatto simile al possesso, qualora questo stato di fatto fosse durato a lungo in modo da rendere poco oppor-

Digitized by Google

tuno un atto del magistrato che d'un tratto avesse voluto ricacciarlo nel nulla. Del resto, ciò che si ritiene dai commenti edittali di ULPIANO stesso (L. 10, § 1, Dig. 41, 3), — *servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint* — sembra interpolato con *longo tempore capi* in luogo di *usucapi* (come accade in altri simili luoghi dove si parla d'immobili); e ad altri sembra accolto nelle Pandette per isvista dei compilatori, i quali non avrebbero fatto altro che cambiare l'*usucapi* in *longo tempore capi* pur di mantenere quel frammento che si desiderava includervi ma che a rigore non avrebbe dovuto trovarvi più posto.

86. Ma qual fu dunque l'*usucapio* che la *lex Scribonia* intese ad abolire? Questa *usucapio* od *usus auctoritas* (efficacia dell'uso) taluni dicono introdotta per le leggi decemvirali, ed altri ritengono fissata posteriormente per l'*interpretatio prudentum.* Nelle dodici tavole si trova — *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus* (*esto*) — e questa disposizione fa dubitare che tra le *ceterae res* fossero comprese le servitù; ma fu anche notato che si volesse nella parola *fundum* includere non solo il concetto di tutti i beni immobili, ma pur quello di ogni diritto reale, considerata la servitù come un aumento di dominio nel fondo dominante e quindi da acquistarsi e difendersi allo stesso modo come si acquista e difende la proprietà.

La ragione per la quale si accordava l'*usus auctoritas* fu non pure di ragion privata, ma e di ragion pubblica. Nella l. 1, Dig. 41, 3, GAIO espressamente si riporta all'introduzione della usucapione *bono publico, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia manerent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis* (1) *spatium;* nella l. 28 pr., Dig. 50, 16, PAOLO spiegò che la parola *alienatio* comprende anche l'usucapione e che colui che soffre sopra una cosa del suo patrimonio l'usucapione sembra che alieni; nella l. 5, Dig. 41, 10, NERAZIO avverte che l'usucapione fu concessa o costituita a riguardo di quelle cose che

(1) L'espressione *statuti temporis*, a quanto crediamo, è sempre fortemente sospetta d'interpolazione.

Digitized by Google

noi possediamo stimandole nostre, e ciò — *ut aliquis litium finis esset* —. Vi è dunque una serie di argomenti di interesse generale, per venire alla conclusione che l'usucapione debba ammettersi: e sembrerebbe strano che o lo *ius civile* o l'*interpretatio* non avesse esteso questo beneficio alle servitù, in ordine alle quali quelle ragioni di opportunità non mancano di avverarsi come si avverano per la proprietà. Ma questo argomento non sarebbe sufficiente, se non si argomentasse anche da CICERONE (1) che per le *aedes* vi era l'*usus auctoritas:* e allora, ammessa per le *aedes*, non vi sarebbe ragione per escluderla nelle servitù rustiche. Quest'argomento non si può negare che abbia la sua importanza, quantunque non vi sia una disposizione espressa che estenda alle servitù prediali, urbane o rustiche, questa usucapione. Forse è dunque più prudente l'ammettere o anche più modestamente il supporre che l'applicazione o l'estensione dell'*usus auctoritas* alle servitù fosse piuttosto la conseguenza dell'*interpretatio iuris civilis*, anzichè dello stesso *ius civile*. Del resto se si avessero traccie di questa *interpretatio*, facilmente si vedrebbe che l'*usus auctoritas* non poteva stare senza una costruzione del possesso o del quasi-possesso delle servitù: appunto perchè quell'istituto si fondava sulla tutela dello stato di fatto e sullo scopo di evitare perturbamenti ad un tale stato, affermando ancora una volta le tendenze eminentemente conservative della legge giuridica e come anche per questa via la legge giuridica stessa concorra come elemento d'ordine all'ottimo stato sociale.

Le difficoltà d'un quasi-possesso del diritto assimilato al possesso della cosa che del diritto è oggetto si avvertirono già fin d'allora, senza dubbio: per eliminarle bastava anche lì un semplice lavorìo d'interpretazione, senza la necessità di fondarsi su testi espliciti di legge. Del resto, la tecnica delle assimilazioni giuridiche in diritto romano doveva per una ragione o per l'altra applicarsi presto anche ai diritti

---

(1) *Pro Caecina*, 19, 54.

Lo stesso CICERONE inoltre nel cap. 26 dell'orazione *pro Caecina* parla dell'*usucapio*, dell'*iter*, della *via*, dell'*aquae haustus:* ma *usucapio* certamente non è la stessa cosa che *usus auctoritas*.

Digitized by Google

reali, considerati come distinti dalla cosa e a un tempo considerati come diversi da qualsiasi individuazione oggettiva reale e formanti corpo a sè; dal momento che non si sarebbe mai potuto tradurre in cosa il diritto di servitù, comunque estrinsecantesi da cosa a cosa. Il concetto del quasi-possesso senza dubbio è un concetto che richiede uno sviluppo già completo del concetto di possesso in tutti gli elementi che lo compongono; poichè bisognava pur giungere per lo meno a conoscere come nel possesso di un diritto mancasse per lo meno l'elemento del *corpus*, cioè a dire l'individuazione fisica dell'oggetto. E, poichè si dice il *corpus* necessario al possesso quanto l'*animus*, naturalmente mancando questo elemento essenziale del *corpus*, il concetto del possesso non deve poter resistere all'analisi anche più elementare e più semplice. Al *corpus*, oggetto materiale o reale, conveniva sostituire un'apparenza di *corpus*, e quasi un'ombra, che però in certo modo rappresentasse o sostituisse il *corpus* mancante. Quale altra cosa poteva allora sostituirsi al *corpus*, se non un *nomen iuris*, cioè a dire una sostantivazione giuridica concreta di quel determinato rapporto di servitù: il tutto in guisa che l'*animus* fosse scientemente e coscientemente diretto alla fisica disponibilità di questo *nomen iuris* precisamente come se a sua volta fosse un *corpus?* Le difficoltà erano senza dubbio attenuate dal riflesso che anche questo *nomen iuris* entrava a far parte del patrimonio, perchè si era constatato che avesse un valore calcolabile e trasmissibile di persona in persona, senza che a questa commerciabilità facesse ostacolo l'immaterialità di esso. D'altra parte, sarebbe stata cosa grave non ammettere sol per questa non consistenza corporea la impossedibilità e la conseguente non usucapibilità del diritto di servitù, che pur economicamente presentava sempre un valore utilizzabile. Nel provvedere alla commerciabilità o all'alienabilità di questo diritto, senza dubbio conveniva escogitare una costruzione giuridica, per la quale quel diritto avesse potuto rendersi atto all'usucapione. La prima idea che deve esser venuta in mente ai giureconsulti d'allora deve essere stata quella di affermare e porre bene in rilievo che lo stato di fatto in cui il titolare della servitù trovavasi di fronte al diritto stesso di servitù era come un possesso, quasi

Digitized by Google

un possesso, e cioè aveva su per giù gli effetti stessi del possesso, quantunque non ne presentasse le apparenze.

Certamente, per chi guardava le cose colla lente abituale del giurista, un tal procedimento non doveva sembrare nè regolare nè perfetto; per lo meno vi si doveva ravvisare qualche cosa di posticcio, di anormale, di creato apposta per avere il comodo di sciogliere la difficoltà di talune situazioni giuridicamente difficili. E se la forza delle abitudini, la pedanteria e il bigottismo teorico avesse invaso le menti di quei nostri antichissimi precursori, nuove difficoltà si aggiungerebbero anche oggi al nostro lavorìo di costruzioni giuridiche e noi troveremmo anzitutto delle tradizioni ben forti e bene antiche da combattere, senza che ci fosse dato d'invocare almeno una giurisprudenza secolare a sostegno di concetti giuridici che certamente non isgorgano spontanei dallo stato di fatto e dalla naturale posizione delle cose considerata come prima base di ogni costruzione giuridica e come sostrato di fatto, dal quale inevitabilmente deve sorgere ogni costruzione giuridica.

Le ragioni per le quali fu promulgata la legge Scribonia, abolitiva dell'usucapione delle servitù, non facilmente riescono ad afferrarsi da noi in tutta la precisione loro: certamente l'usucapione, come mezzo di acquisto delle servitù, deve aver dato luogo a molti e gravissimi inconvenienti, talchè gli stessi temperamenti all'attuazione di essa si fossero dovuti presentare effettivamente come peggiori di quegli inconvenienti stessi ai quali si rendeva urgente la necessità di provvedere. Il fatto che non si conosce giureconsulto il quale abbia scritto commenti a questa legge, non significa nè che la legge non fosse attuata, nè che non fosse entrata pienamente nel dominio della dottrina e della giurisprudenza. Soltanto, trattandosi di legge abolitiva, evidentemente non vi era molto da commentare, nè vi erano difficoltà pratiche o casi pratici da risolvere: tanto la cosa era di per sè semplice ed evidente. Sull'epoca della *lex Scribonia* è stato impossibile accordarsi tra gli storici del diritto romano; e la differenza tra gli uni e gli altri non è soltanto di qualche anno o di qualche decina d'anni, ma addirittura di un buon secolo e mezzo. Un console L. Scribonio Libone fu in carica con

Digitized by Google

SESENNA STATILLIO TAURO ai tempi di Tiberio: di altro SCRIBONIO console non abbiamo memoria, talchè è molto probabile si tratti proprio di costui e non di altri. Molti peraltro seguirono l'avviso del CUIACIO (1) che siffatta legge fosse emanata sullo scorcio del periodo repubblicano: nè questa indagine cronologica vuol ritenersi oziosa, poichè servirebbe assai opportunamente per ravvicinare le vicende dell'usucapione a quelle del possesso, e per vedere quali trasformazioni avesse dovuto o potuto subire il concetto del possesso per prestarsi dapprima alla costruzione giuridica dell'usucapione e per escludere dappoi l'usucapione stessa e mantenersi tuttavia come strumento alla prescrizione estintiva. Ma noi, dovendo tuttavia precisare coi dati che si trovano in nostro potere e colle argomentazioni che possiamo dedurne, quale concetto si avesse o si potesse avere del possesso o del quasi-possesso per potere in base a questo concetto costruire una teoria possibile dell'usucapione, anzitutto dobbiamo vedere se proprio nelle servitù vi fosse un rapporto qualsiasi immanente di fisica disponibilità sulla cosa considerata siccome dominante o serviente, oppure su di una cosa reale o materiale staccata e distinta e dall'uno e dall'altro dei fondi stessi.

Nella costruzione giuridica del possesso si utilizzano costantemente elementi attivi, non elementi di sofferenza: nel possesso l'agente tende ad ogni passo ad affermare la propria personalità, non già a sconfessarla o a metterla in dubbio o a indebolirla. Ma perchè allora la *lex Scribonia* non tolse di mezzo anche la *libertatis usucapio?* Forsechè nella *libertatis usucapio* si trova una forma di possesso o di quasi-possesso della libertà o della cosa come libera? Qui certamente la difficoltà nella costruzione del possesso e del quasi-possesso è minore che nel caso di usucapione del diritto di limitare la naturale libertà del fondo altrui. E infatti il proprietario possiede senz'altro la cosa propria *iure proprietatis*, e non per un diritto che si aggiunga a quello di proprietà e lo accompagni; che se il suo diritto, originariamente ottimo massimo, si trova nell'esercizio pratico limitato, una tale

1) *Operum;* vol. VII, 395. B, ediz. napolitana.

Digitized by Google

limitazione è da considerarsi in ogni caso come del tutto eccezionale e deve guardarsi con occhio sfavorevole. Il possesso del fondo allo stato di fondo libero si presume sempre e non è contrastato che dalle limitazioni di fatto che possano esservi arrecate e da taluna di queste limitazioni, singolarmente e partitamente operante in fatto per ogni volta che un atto di servitù si esercita: or queste limitazioni appariscono e sono altrettante anormalità, delle quali non si deve punto favorire la frequenza. Il proprietario del fondo che potrebbe esser colpito dal proprietario di un altro fondo coll'esercizio di atti di servitù attiva, se non è in questo senso molestato da chi può farlo, si trova naturalmente nel godimento di uno stato di libertà, ch'è lo stato naturale e confacente al proprio diritto di dominio esplicantesi pienamente sulla cosa stessa.

Lo *ius optimum maximum* non sarebbe più tale, qualora non fosse dato al *dominus* di affermare il proprio potere giuridico e fisico sulla cosa, quando e finchè altri a buon diritto non eserciti sulla cosa stessa un qualche *ius reale* a limitazione del dominio pieno di esso proprietario. E se anche questo diritto reale è costituito con un modo regolare di costituzione, deve proprio essere esercitato perchè possa rappresentare una limitazione vera, effettiva al diritto di proprietà: questa pienezza di diritto di proprietà non può essere scossa da diritti astratti o ideali o teorici, ma soltanto da fatti od impedimenti arrecati ad essa pienezza. Quando si ha un diritto sulla cosa, limitativo di quello di proprietà, ma non si esercita, la proprietà riprende la sua forza originaria di espansione; come se un corpo fisico fosse libero dagli impedimenti meccanici che lo trattengono nella sua vita naturale e nella sua tendenza alla vita autonoma. Se mai in tutto il diritto è da farsi richiamo al principio della naturale libertà dei fondi, questo è proprio il caso. La servitù è data per ragioni pratiche e non per ragioni teoriche; è un ricambio di servigi che servono ad una sistemazione effettiva delle proprietà: da una parte si offre un'utilità sul fondo e dall'altra un'utilità pecuniaria che serva quasi di compenso al danno prodotto dall'altrui invasione nella sfera propria. Quando questa sistemazione in fatto non si ha più od è

Digitized by Google

cambiata, naturalmente non vi è bisogno di ammettere tutto uno spostamento di diritti per farvi eco: lo stato della proprietà ritorna qual era prima della limitazione e ritorna alla sua naturale libertà. Questo accade quando la sistemazione era abusiva e soltanto apparente, ossia quando, invece di coordinare le proprietà, produceva in mezzo ad esse uno squilibrio od uno scompiglio: in tal caso l'equilibrio tende a ristabilirsi col non-uso della servitù da una parte e dall'altra col riacquisto dei pieni poteri da proprietario. In questa ipotesi eccezionale non vi ha bisogno di un possesso speciale della libertà del fondo o del fondo costituito in libertà; perciocchè basta il possesso del fondo per intendersi che il fondo stesso si possieda colla tendenza ch'è in esso per la libertà e senza alcuna limitazione che non sia espressa o di fatto; appunto perchè il possesso della cosa ch'è oggetto della proprietà è vero ed effettivo possesso in relazione a un diritto pieno qual è quello della proprietà. E questo possesso che basterebbe all'acquisto e alla conservazione (1) della proprietà, non può non bastare naturalmente anche all'usucapione della libertà del fondo che prima serviva ad un altro fondo: perchè, in sostanza, rispetto al proprietario, l'usucapione della libertà non rappresenta che una fase conservativa del suo diritto quale era prima che sulla cosa sua qualche estraneo acquistasse o pretendesse di acquistare un diritto reale, e specialmente un diritto di servitù. Al disopra delle sanzioni giuridiche più o meno empiriche, per quanto utili, che colpiscono i dormienti e riservano ai vigilanti la parte migliore nello sfruttamento dei patrimoni, vi è una suprema ragione economica: la ragione che l'equilibrio tra le proprietà fondiarie come l'equilibrio di ogni altra situazione patrimoniale tende alla stabilità, e, se si determina per un momento in forma non del tutto stabile o poco stabile, tende ad avviarsi prima o dopo in direzione del suo equilibrio stabile, fissandosi e adagiandosi comodamente e permanentemente in questa nuova

(1) Per la conservazione della proprietà su di una cosa è pur necessario che sulla medesima si abbia il possesso; perciocchè, siccome una cosa non può normalmente restare *vacua possessionis*, se il proprietario non la possedesse, entrerebbe in campo un altro proprietario e mercè possesso legittimo terminerebbe col farla sua ed usucapirla *iure proprietatis*.

Digitized by Google

forma dove si trova la vera convenienza e il vero adattamento dei patrimoni senza fondato timore che vi si abbia di proposito o per necessità a tornar sopra. Insomma un poco anche qui si può richiamare il concetto della *causa perpetua* nelle servitù prediali; una servitù contro la quale si viene a stabilire in processo di tempo l'*usucapio libertatis* del fondo serviente è una servitù che certamente, guardata bene addentro nella sua struttura, non ha i requisiti di durata e di finalità permanente, quali in una vera e propria servitù si debbono riscontrare perchè di essa possa dirsi che abbia vitalità e forza di adattamento alle condizioni dei luoghi e alle esigenze dello sfruttamento patrimoniale, al quale i relativi fondi sono o possono essere assoggettati.

87. La *libertas* nei fondi, considerata come una mera funzione del diritto di proprietà, certamente non è nè una cosa nè un diritto reale; quindi il dire *usucapio libertatis* non significa già che si voglia materializzare la libertà, ma significa soltanto che si possiede il fondo serviente in modo da poterne trasformare la proprietà da vincolata in proprietà scevra da vincoli e il possesso da possesso impedito nel suo esercizio per l'esercizio del dominio della servitù in possesso pieno e scevro da ogni impedimento. Che questo modo di trasformare il possesso a mezzo di usucapione siasi chiamato *usucapio libertatis* anzichè in qualsivoglia altro modo, può essere una forma elegante di esprimersi, una frase di conio squisito e aggraziato nella lingua latina; ma certamente non dovrà essere mai tratto alla lettera dalla frase che lo esprime e lo rappresenta: sarebbe un vero bigottismo giuridico e grammaticale, che non varrebbe neppure a scusare la poca conoscenza delle bellezze letterarie che sovente il latino idioma ci presenta. Ma anche la posizione di fatto dell'*usucapio libertatis* può addurre qualche difficoltà di esame giuridico. La perdita del diritto di servitù da una parte, sopra di un fondo determinato, sembra debba avere per sua corrispondenza l'*usucapio libertatis* sul fondo stesso serviente da parte del proprietario di esso che per non uso dell'altro si trova in mano il fondo allo stato di assoluta libertà. E questo è vero, malgrado tutti i cavilli, anche per diritto romano;

Digitized by Google

perchè risponde ai supremi concetti della logica e del buon senso. Si può osservare in contrario, astrattamente, che, se il proprietario del fondo serviente non sa che il proprietario del fondo dominante non usa e se esso proprietario del fondo serviente non ha intenzione alcuna di *usucapere libertatem* del suo fondo stesso, il titolare della servitù la perde bensì per non-uso, ma il proprietario del fondo dominante, non avendo l'*animus* necessario, non può usucapire malgrado abbia il *corpus*. Ma prima di tutto, anche in astratto, questo ragionamento non può approvarsi nè punto nè poco. È assolutamente impossibile che in un fondo una qualità o un'utilità rimanga priva o esente da sfruttamento, specialmente quando è stato provato coll'esercizio di una servitù che lo sfruttarla approda pure a qualche cosa: questa qualità o utilità potrà pure materialmente confondersi e presentarsi come assorbita in tutta quanta la utilizzazione del fondo, cioè nell'esercizio del diritto di proprietà su quel fondo, ma non cessa di esistere e di potere assoggettarsi a valutazioni quantitative. In fatto, non vi è un momento solo in cui questa utilità o questo elemento sfruttabile nel fondo possa rimanere privo di sfruttamento: sarebbe una cosa non solo antieconomica, ma anche e anzi certamente impossibile ad avverarsi. Ed anzi si va più in là: per ogni istante, per ogni periodo di sfruttamento trascurato dal titolare della servitù, proprietario del fondo dominante, il proprietario del fondo serviente esercita *iure proprietatis* un egual diritto di sfruttamento o per lo meno si trova in condizione tale che l'esercitarlo non è per esso se non una mera sua facoltà, della quale può valersi se vuole, come può anche talora trascurarne l'esercizio.

Dunque, necessariamente, alla perdita di un dato diritto di sfruttamento, da una parte, deve corrispondere l'acquisto di egual diritto di sfruttamento dall'altra: diritto di sfruttamento da parte del proprietario del fondo serviente che si confonde in tutto coll'esercizio del diritto di proprietà e che non si trova necessariamente e sempre in atto, ma basta sia sorpreso in potenzialità. Poichè si sa che il proprietario per non perdere il proprio diritto o parte del proprio diritto, o un diritto minore incluso nel diritto massimo di proprietà, non ha bisogno di esercitar sempre e insieme quel diritto in

Digitized by Google

ogni sua parte oppure quel diritto parziale di cui il proprietario del predio dominante non conserva più la facoltà; ma è sufficiente ch'egli sia in potere della facoltà di valersene da un momento all'altro, quando più gli aggrada e secondo le opportunità dell'esercizio di tutto e intiero il diritto di proprietà, nelle varie manifestazioni sue. Nè è valida l'obbiezione desunta dalle *Rec. Sent.* di PAOLO, I, 17, 1, ove questo giureconsulto dice: *viam, iter, actum, aquaeductum qui biennio usus non est amisisse videtur; nec enim usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.* Si ritiene che PAOLO qui abbia voluto dire che quelle servitù si perdano per semplice non uso ma non possono perdersi per *usucapio libertatis,* perchè l'una di queste abbia ad escludere l'altra implicitamente, indubbiamente. Impossibile è tuttavia che il giureconsulto abbia parlato un senso tanto sconclusionato, perciocchè il non uso da una parte sarebbe perfettamente senza significato, se al medesimo non corrispondesse dall'altra parte l'*usucapio libertatis.* Il giureconsulto ha voluto parlare di una sola persona e non già dell'*usucapio libertatis* (dove e come egli parla dell'*usucapio libertatis?*) ma bensì della *usucapio servitutis.*

Si tratta di uno che pretende di avere usucapito un diritto di *via, iter, actus, aquaeductus,* malgrado che per due anni continui, incastrati nell'*usucapio servitutis,* non abbia usato del diritto sul quale vanta l'acquisto per ragion d'usucapione. Or PAOLO potrà anche avere in mente l'*usucapio servitutis,* radicata sull'*usus auctoritas* della legislazione decemvirale o della successiva interpretazione del diritto civile; e potrà voler dire che l'*usucapio servitutis* su di un diritto di servitù è assurdo e incivile, quando il diritto stesso si è perduto per non uso biennale. Il giureconsulto infatti comincia a parlare di chi per un biennio non siasi giovato di queste servitù: il che significa come egli prima del biennio le avesse e se ne fosse giovato, perchè in caso contrario il non-uso non avrebbe senso. Or dunque, contrapposto il non-uso attuale al precedente uso e questo a quello, sorge poi la necessità di apprezzare in un modo qualsiasi delle posteriori pretese all'usucapione, o sul tipo dell'antica *usus auctoritas* di diritto civile o sul tipo della più recente *longi temporis*

Digitized by Google

praescriptio. Qual meraviglia allora che il giureconsulto trovi grandemente incivile e scorretto che si dia la facoltà d'usucapire a chi prima acquistò e poi perdette per non-esercizio? Costui che, per vantare, in quest'ultimo stadio dei suoi rapporti sulla pretesa cosa serviente, l'usucapione come modo d'acquisto della servitù, non fa che mettere in luce la propria diligenza e la propria solerzia attuale nell'acquistare ciò che sembra tanto siagli a cuore, non ricorda di quanta negligenza in lui fu effetto lo aver perduto per non uso ciò che se aveva acquistato per una causa permanente, aveva pure interesse di mantenere nell'immanenza della causa stessa. Per la qual cosa si giudica impossibile a costui l'acquisto di una servitù per usucapione, quando si tratti della servitù stessa che avrebbe potuto, senza la propria trascuranza, mantenere tuttora piuttostochè ricorrere ad un tal mezzo di acquisto concesso del tutto in via eccezionale e quasi straordinaria, quando cioè difettino gli altri mezzi più normali e più diretti. Perciocchè è consentaneo alle leggi del buon senso e dell'economia giuridica che non si sciupino inutilmente i mezzi accordati dalla legge e in modo speciale poi quei mezzi dai quali non si vuol attendere sussidio se non in via tutt'affatto eccezionale. Sarebbe un fare troppo spesso e troppo temerariamente a fidanza coi sussidi giuridici, specialmente non avendo stabilito nell'animo proprio una ferma determinazione per valersi di una determinata servitù per una determinata sistemazione della proprietà: permodochè in una vicenda alterna di acquisti e di perdite si stancano inutilmente i congegni giuridici e se ne abusa.

Ma si adducono altri testi. Nella l. 18, § 2, Dig. 8, 6, Paolo, parlando dello *ius immittendi*, dice che, se si è acquistato il diritto d'immettere, ma nel tempo stabilito (1) il vicino non ha edificato il proprio muro sul quale si possa fare la immissione, non per questo chi ha acquistato il diritto d'immettere perde un tal diritto; perciocchè il vicino *qui ius immittendi non interpellavit*, non può ritenersi avere usucapito la libertà della propria casa. Dunque per usucapire

(1) L'eventuale interpolazione dell'inciso: *statuto tempore*, non toglie nulla all'esattezza dell'esposto ragionamento.

Digitized by Google

la libertà della propria casa di fronte allo *ius immittendi* del vicino è necessario che siasi interpellato un tale *ius immittendi:* vale a dire che lo *ius immittendi* siasi reso possibile in un modo o nell'altro, anche a prescindere dalla diffida che sembrerebbe risultare dal verbo *interpellare.* Messo l'avente diritto alla servitù in condizione di valersi del suo diritto, ossia costruitogli il muro o l'edificio (in genere) a lui necessario per esercitarvi lo *ius immittendi,* da quell'istante solamente si può accertare ch'egli abbia cominciato a non usare del proprio diritto di servitù. Ora, se il muro non è stato ancora edificato, dall'avente diritto alla servitù non si perde la servitù stessa per non-uso, poichè non-uso significa non-esercizio e il non-esercizio non è produttivo di conseguenza alcuna, finchè l'esercizio non è possibile. Questo e non altro vuol dire PAOLO, per quanto il senso di quella sua *interpellatio* rimanga tuttavia equivoco. Invece spiegano che PAOLO abbia voluto dire non darsi *usucapio libertatis,* quante volte non esista un atto dell'usucapiente diretto ad opporsi alla servitù. E qui conviene notare anzitutto come sia assurdo fare un atto qualsiasi di opposizione ad una servitù, allorchè questa, per non essere resa neppure esercibile, non sia di fatto esercitata: e che non sia esercibile risulta semplicemente dal fatto del non essere ancora pronta e proprio neppure edificata la casa sulla quale dovrebbe esercitarsi il diritto di servitù. Gli è per questo e non per altro che l'*usucapio libertatis* torna impossibile; altrimenti sarebbe bene strano che il proprietario, per rientrare nel pieno esercizio del suo dominio, dovesse provare di avere interpellato o diffidato espressamente (e non soltanto col fatto di mettersi in condizioni di sopportare la servitù) colui che all'esercizio della servitù stessa crede di aver diritto. Questa pretesa sarebbe eccessiva e proprio enorme di fronte alla pienezza del diritto di proprietà, che si deve sempre ritenere illimitato nel proprietario, fino a che qualche estraneo non riesce a dimostrare e a sostenere di avere sul fondo, che del diritto di proprietà è oggetto, un diritto frazionario della proprietà stessa. Non è la piena proprietà che si deve provare, ma è la limitazione, quale e quanta essa sia, alla piena proprietà: poichè altrimenti il concetto dello *ius optimum maximum*

Digitized by Google

sarebbe scosso e la proprietà stessa scenderebbe al livello di qualsivoglia diritto sulla cosa, con gravissima perturbazione di tutto quanto l'organismo e di tutta l'economia dei diritti patrimoniali. Altro frammento s'invoca poi: la l. 32, § 1, Dig. 8, 2, in cui GIULIANO pone il principio che, nella specie di *servitus non altius tollendi, libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur;* e che però l'*usucapio* è *interpellata* (qui sembra che *interpellata* significhi « interrotta ») nel caso che il sopredificatore in contraddizione alla servitù abbia cessato di possedere la casa soprelevata. Aggiunge che si può usucapire la libertà da chi abbia cominciato a possedere la casa dopo (la sua sopredificazione); poichè è natura delle servitù il non potere esser possedute, ma l'intendersi possederle colui che possiede le case alle quali dette servitù si riferiscono. Or da questo frammento si vorrebbe trarre come conseguenza che la servitù che si può perdere per semplice non-uso non possa perdersi per *usucapio libertatis?* Qui per l'*usucapio libertatis* della sopredificazione edilizia si richiede il possesso della casa sopredificata; ed è naturale che ciò sia. Poichè appunto il possesso è uno degli elementi dell'usucapione, e, poichè la libertà non è che una funzione della proprietà del fondo la cui libertà appunto vuolsi usucapire, per possedere ad *usucapionem libertatis* non v'è altro da possedere all'infuori del fondo la cui libertà si vuole usucapire. S'intende che, possedendosi il fondo di cui si vuole usucapire la libertà, *iure proprietatis,* ossia grazie al solo diritto patrimoniale ottimo massimo che si conosca, questo possesso non è un elemento nuovo che si contrappone al non-uso dell'altra parte e che entra a formare l'*animus* dell'usucapione, mentre invece non forma se non il mero e semplice contenuto del diritto di proprietà che continua ad esercitarsi anche di fronte alle eventuali pretese di qualche contraddittore ad una tale pienezza di diritto. Ma anche qui, se sopredificando un fondo che si possiede si acquista il diritto ad usucapirne la libertà contro una servitù *altius non tollendi,* se ne conclude che il titolare della servitù *altius non tollendi* deve non usare di questo suo diritto di servitù, e cioè diportarsi in modo come se questo diritto di servitù non dovesse spettargli: poichè per lo appunto il serviente non usucapisce

Digitized by Google

la propria libertà, se non contemporaneamente ed in quanto il dominante trascura l'esercizio della servitù. Sembrerebbe quindi che questa proposizione, per la sua chiarezza, non abbisognasse di altra dimostrazione: tanto apparisce evidente che alla usucapione da una parte debba corrispondere il non-uso dall'altra. Certamente l'*usucapio libertatis*, se per parte del proprietario del fondo serviente va accompagnata da tale un possesso che si presti non già al parziale ma al pieno possesso del fondo come se il fondo stesso fosse libero, nel proprietario del fondo serviente non solo dobbiamo ravvisare la continuazione del possesso precedente (com'era durante lo stato di servitù del proprio fondo), ma qualche cosa di più: e cioè un possesso che abbia di mira il fondo già serviente in tutta quanta l'estensione della sua libertà, almeno in ordine alla servitù di cui si tratta e senza tener conto di altre servitù che contemporaneamente possano attaccare il fondo stesso e che possano anche restare di fronte alla *usucapio libertatis* relativa alla servitù di cui si tratta.

Questo possesso, composto come dev'essere di elemento intenzionale e di elemento reale, deve includere la più ampia contraddizione al diritto attivo di servitù o di servitù attiva sul fondo la cui libertà s'intende usucapire: e al proprietario di quel fondo il comportarsi in tal guisa certamente non riescirà difficile. Senza dubbio se il proprietario del fondo allarga la sua influenza di fatto sul fondo stesso, ma pur senza intendere con un tale allargamento di espandere la sua sfera d'influenza giuridica su di quel fondo; una tale espansione non importa per nulla ch'egli eserciti un possesso *ad usucapionem libertatis:* così anche, d'altra parte, se egli stesso abbia una tale intenzione di possedere *ad usucapionem libertatis,* ma non riesca ad accompagnarla con elementi di fatto, vale a dire col materiale esercizio di maggiori facoltà sul fondo posseduto. Or giustamente questi due elementi, come in qualsivoglia usucapione, debbono apparire entrambi: però, siccome nella proprietà e nell'esercizio del possesso che si riconnette al diritto di piena proprietà vi è un cumulo di facoltà e di poteri che cominciano nell'intenzione e si esplicano poi nel fatto; per tal ragione non è punto facile, nell'analisi dell'estensione di un dato possesso, separare quanto

Digitized by Google

si deve al possesso del fondo considerato come gravato di servitù dal possesso del fondo stesso per quanto è necessario alla *usucapio libertatis* in esso. Una parte è compresa nell'altra e non è se non grazie ad un sottile e paziente lavorio d'analisi che noi praticamente possiamo renderci ragione che il proprietario del fondo lo possegga anche in quanto e per quanto è necessario *ad usucapionem libertatis*. La contraddizione alla servitù, ch'è data dal non-uso di una parte combinato col possesso dell'altra, deve risultare chiaramente, ad ogni modo: perciocchè, quantunque siavi una forte presunzione e quasi una predilezione per la completa libertà del fondo, tuttavia, quando risulta che questo è legalmente onerato di servitù, prima di concludere in favore di un'*usucapio libertatis* è d'uopo assicurarsi dell'esistenza di elementi idonei a contraddire legittimamente alla precedente servitù.

88. Ma pur, giuridicamente, la coesistenza di un possesso *iure proprietatis* ad un possesso *ad usucapionem libertatis* deve senza dubbio produrre, dal punto di vista della presunzione a favore della libertà dei fondi, qualche conseguenza nell'analisi degli elementi del possesso che si ritiene necessario per concorrere all'usucapione di quella libertà: il tutto, s'intende, quando dalla parte del proprietario del fondo che era pria dominante concorra il non-uso della servitù di cui si tratta. E la conseguenza deve soprattutto e anzitutto estendersi agli atti equivoci; dei quali cioè non si comprende per le esteriori apparenze se rappresentino manifestazioni generiche di proprietà, anche vincolata, oppure manifestazioni di possesso *iure dominii optimo maximo* e valido anche *ad usucapionem libertatis*. Degli atti assolutamente indifferenti qui non si fa questione, poichè essi non formano punto il materiale per il presente esame. Solo è a discorrere degli atti equivoci, ossia degli atti che così bene possono appartenere ad una manifestazione di dominio gravato da servitù come possono appartenere ad una manifestazione di dominio libero, vale a dire pieno. Insomma, appunto per la combinazione del possesso *ad usucapionem libertatis* col possesso per l'esercizio normale del diritto di dominio, vi dev'essere necessariamente una diversità tra quel possesso *ad usuca-*

Digitized by Google

pionem libertatis e il possesso *ad usucapionem servitutis:* nella loro manifestazione esteriore questi due possessi, comechè entrambi *ad usucapionem*, debbono pur presentare una differenza enorme. Il possesso *ad usucapionem servitutis*, almeno quando la giurisprudenza classica sulla *longi temporis praescriptio* ebbe agio di sistemare tutta quanta la materia, ed anche prima di ciò allorchè una tale sistemazione gradatamente si formò attraverso l'*interpretatio* dell'*usus auctoritas* e la giurisprudenza, non doveva essere viziato nè di violenza nè di clandestinità nè di precarietà, e cioè non doveva poter essere contrastato dalla protezione interdittale accordata al possessore legittimo. Evidentemente, tuttociò per il proprietario che usucapisce la libertà del proprio fondo, qualora concorra il non-uso del titolare della servitù dalla quale egli invoca la liberazione, non può in modo alcuno avverarsi: perciocchè egli non ha bisogno di agire nè con violenza nè di nascosto, nè di attaccarsi ai semplici ritagli di tempo per veder di mettere insieme qualche periodo che abbia le apparenze di continuativo malgrado le interruzioni e le intermittenze molte nell'esercizio. E se allo stesso usucapiente della servitù basta presentare un cumulo di fatti che non si presentino di per sè e a tutta prima come viziosi, per allegare validamente il proprio possesso e lasciare poi al contraddittore (ossia al proprietario del fondo) la cura di addimostrare cotesti vizi: molto più dovrà presuntivamente ritenersi privo di vizi il possesso *ad libertatem* del proprietario del fondo quando questi adduca degli atti di possesso *iure proprietatis*, estensibili anche all'*usucapio libertatis*, per ragione di contenuto dello *ius optimum maximum*. Per quanto è possibile esemplificare qui senza la trattazione di un caso pratico che valga a dare i necessari elementi di fatto in proposito, è pur dato di combinare insieme qualche ipotesi e proporre qualche quesito al quale vogliasi dare risposta coerentemente alle cose dette. Gli esempi peraltro potrebbero naturalmente moltiplicarsi all'infinito, senza che a ciò si riesca ad ammettere altro ostacolo da quello infuori che risulta per le difficoltà della materia e per le sottigliezze della distinzione tra ciò che si vede e che si può attribuire alla semplice proprietà e ciò che si vede invece e può attri-

Digitized by Google

buirsi alla speciale intenzione (accompagnata dal fatto) di usucapire la libertà del fondo ossia la piena e intiera disposizione del fondo stesso *iure dominii* o il pieno esercizio del diritto di proprietà su quel fondo. Se il proprietario del fondo serviente transita anch'egli per quella *via*, sulla quale spetta una *servitus* al proprietario del fondo dominante, questo suo transito può aversi *iure proprietatis* ed in coesistenza colla *servitus viae* o come elemento di possesso *ad usucapionem libertatis?* Sembra invece che questo sia un atto indifferente, perchè il transito del proprietario del fondo dominante e del proprietario del fondo serviente per la stessa via sono contemporanei o possono essere contemporanei, senza che l'uno di essi contraddica all'altro: sul qual carattere insistemmo già contrapponendo l'indole conciliativa della servitù colla proprietà all'indole esclusiva della proprietà anche di fronte alla servitù, per lo meno in via di presunzione e fino a che quest'ultima non risulti da elementi giuridici positivi. Si dimostrò già come, se non si tien conto di questo carattere fondamentale, riesce ben difficile afferrare molte delle differenze capitali e caratteristiche tra i due istituti: o, se pur si crede di esservi penetrati, non di rado accade che quelle siansi svisate e condotte fuori della strada maestra per vie oblique. Altro esempio. Qualora la servitù di trasporto con traini si debba esplicare in determinate ore, il veder passare per il fondo e per la via gravata il proprietario del fondo stesso in quelle stesse ore, con tale una sequela di traini da occupare tutta la larghezza della via e da non lasciarla mai sgombra e accessibile per altri traini: questo fatto, unito all'altro che il proprietario del fondo dominante alle ore fissate non si presenti coi suoi traini per passare a sua volta per la strada onerata, già presenta una contraddizione di fatto all'esercizio del diritto di servitù da una parte e un non-uso della servitù stessa dall'altra parte. Quanto poi all'elemento intenzionale, certamente questi atti debbono essere accompagnati dal proposito di contraddire alla servitù, che nel caso nostro si confonde quasi perfettamente col proposito di esercitare atti di dominio pieno, *iure optimo maximo;* talchè l'una intenzione, la maggiore, cioè quella di esercitare atti di pieno dominio, comprende la

Digitized by Google

minore, vale a dire quella di contraddire alla servitù, cioè di completare la libertà del proprio fondo. Le difficoltà maggiori sono quindi nella valutazione dell'elemento interiore e non del fatto esterno, perchè la contraddizione nei fatti esterni non può risultare che dall'impossibilità pratica in cui il proprietario del fondo serviente ponesse il proprietario del fondo dominante, di esercitare i diritti che sono l'effettiva esplicazione della servitù. Questa contraddizione materiale meglio si può vedere nella servitù delle acque: allorchè il proprietario del fondo serviente devia quel corso d'acqua, che, secondo la costituzione della servitù, doveva servire ad essere sfruttato dal proprietario del fondo dominante; di questo fatto la conseguenza necessaria non può non essere l'impossibilità in cui il proprietario del fondo stesso dominante si trova di più esercitare il proprio diritto di servitù. E se a questa contraddizione il proprietario del fondo dominante non risponde già colla protesta giudiziale o estragiudiziale, ma col fatto del semplice non-uso; o (ciò ch'è peggio ancora) se questo non-uso del proprietario del fondo che dovrebbe essere dominante precede la contraddizione del proprietario del fondo serviente, non può dirsi che manchino l'elemento di fatto e l'elemento di diritto atti a caratterizzare il possesso che conduce all'usucapione della libertà della cosa propria. Ma qui non vi è timore di nessuna violenza da parte del proprietario del fondo dominante, per l'usucapione della libertà del fondo proprio; a meno che la violenza si esplichi non sulla cosa serviente nè sulla dominante, ma sulle persone del proprietario del fondo dominante o dei suoi dipendenti, nell'atto di servirsi del fondo sul quale hanno il diritto di servitù: appunto perchè la violenza positiva e non la violenza a causa di contraddizione è necessaria agli estranei, e non già al proprietario del fondo, che può agevolmente esplicare tutte quante le sue facoltà sul fondo proprio, dalle maggiori alle minori, fino a che qualche fatto autorizzato dalla legge proveniente da estranei non si diriga sulla cosa sua in contraddizione della pienezza dell'esercizio del proprio diritto di proprietà.

89. Quanto alla clandestinità del possesso, non è ammissibile neanche alla lontana che il proprietario il quale sulla cosa

Digitized by Google

sua compie ordinariamente ogni atto alla luce del sole, taluni atti vi compia alla chetichella, mentre anche questi debbono essere coordinati in unità completa con tutti gli altri atti palesi del proprietario sulla cosa sua. L'ipotesi, per lo meno, di clandestinità negli atti che il proprietario esercita sempre *iure proprietatis*, quantunque diretti alla *usucapio libertatis*, è per lo meno praticamente inconcepibile: appunto perchè, se il proprietario si proponesse di esercitare clandestinamente gli atti relativi alla servitù, dovrebbe esercitare clandestinamente parecchi altri atti, con quelli connessi, e attinenti non all'*usucapio libertatis* propriamente, ma all'esercizio della proprietà, allo *ius dominii optimi maximi*. Egli non ha da far nulla clandestinamente, poichè l'iniziativa della contraddizione deve sempre partire dal proprietario del fondo dominante e dev'essere rivolta contro il diritto di proprietà, che, per essere di sua natura pieno, serve di base e di confronto a tutti quanti i diritti frazionari della proprietà stessa e quindi anche al diritto di servitù. In tutta questa materia conviene aver molto accorgimento per non cadere nell'inversione della prova. Resta sempre fermo che il diritto fondamentale e maggiore è quello di proprietà, essenzialmente ottimo massimo: e quindi, se v'è qualche limitazione al diritto di proprietà, vuole essere rigorosamente provata. Nell'ipotesi poi di *usucapio libertatis*, le cose non cambiano di aspetto: per quanto il proprietario del fondo serviente si ribelli ad un diritto che fino allora era costituito ed esercitato legalmente sul fondo, tuttavia questa posizione non ha efficacia tale da invertire la prova, la quale in ogni occasione in cui si tratti di limitazione del diritto di proprietà, spetta sempre a colui che intende di limitare la proprietà, anche se la fattispecie sia diretta all'*usucapio libertatis*, cioè a contraddire l'esercizio della servitù: appunto perchè questa che sembra contraddizione all'esercizio della servitù vera contraddizione non è, ma è persistenza nell'affermazione del diritto di proprietà, proclamazione affermativa del diritto di proprietà anche di fronte agli impedimenti della servitù. E, poichè la costruzione giuridica di tutte queste fasi della proprietà, o che si manifesti nell'esercizio normale e pacifico del diritto ottimo massimo, o che si manifesti nell'*usucapio*

Digitized by Google

libertatis, cioè nella contraddizione alla servitù, è sempre e dev'esser la stessa sostanzialmente: scindere queste varie manifestazioni sarebbe opera sicuramente antigiuridica, inopportuna, inutile, incivile, e persino infeconda di risultati pratici. A ciò provvede dunque la stessa tecnica delle costruzioni giuridiche in genere ed in ispecie: nè vi è d'uopo che il proprietario si preoccupi del requisito di una distinta manifestazione del possesso *ad usucapionem libertatis* separatamente ed accanto al possesso ch'è manifestazione ed estrinsecazione esteriore del diritto di proprietà non contraddetto o solo parzialmente e non essenzialmente contraddetto. E poichè il proprietario non chiede alcuna tolleranza al titolare della servitù, nè può essere sospettato di approfittare di una tale tolleranza, appunto perchè resta nella pienezza dei diritti che gli spettano, noi non dovremo fare gran conto qui di ricerche positive dirette a escludere il vizio della clandestinità. Il titolare della servitù, se quandochessia vorrà negare il proprio non-uso e affermare la propria servitù attiva, dovrà egli ammanire le prove o gli argomenti di presunzione idonei a stabilire la giustezza delle sue pretese; e allora verrà il momento che il proprietario del fondo serviente, vedendosi compromesso il proprio *ius optimum maximum*, si difenda a seconda dei casi, dimostrando l'entità o il valore del proprio diritto petitorio, al quale nessun vizio di clandestinità o nessun altro vizio potrà pertanto ascriversi, se prima nessuno pensa di contrastarne il pacifico ed esclusivo esercizio. Si vede quindi che clandestinità non ci può essere per la semplice ragione che la *gestio pro domino libertatis* non ha effettivamente valore di sorta; ed anzi è proprio impossibile, quando si ha di fronte un possesso pieno e perfetto *iure domini*, ossia per un diritto massimo che in sè non ha limitazioni e che può soltanto avere limitazioni fuori di sè. Giustamente quindi su questo requisito della non-clandestinità ed anche su quello della non-precarietà, in materia di possesso del proprietario del fondo serviente *ad usucapionem libertatis*, si passa sopra, come se appunto di tali ostacoli non si potessero avere in questa materia. Per la precarietà pure s'intende facilmente. Il vizio della precarietà è proprio dei non proprietari, cioè degli estranei

Digitized by Google

al fondo, la cui intromissione in materia di proprietà figura come l'intromissione di estranei che vengono a cambiare l'economia abituale dei rapporti tra il proprietario e il suo fondo, in vicinanza e in rapporto anche di altri fondi che entrano nella medesima zona colturale ed agricola; permodochè la sistemazione dell'un fondo debba coordinarsi alla sistemazione dei fondi vicini. Ma è proprio una stonatura che il proprietario d'un fondo, sia desso dominante o serviente, o non domini nè serva, si dica esercitare sul fondo proprio dei diritti soltanto precariamente, vale a dire senza intenzione e contenuto di uno stato permanente, ma solo come colui *qui carpit diem* e che spera coll'abuso acquistare finalmente qualche possesso utile all'usucapione, come quasi taluno che spigoli dei diritti frazionari o parziali là dove sa di non potersi permettere un diritto pieno e massimo quale è quello del proprietario. Queste riflessioni (notisi bene) sono aggravate, anzi, più esattamente, caratterizzate con una fisionomia speciale e determinata, dal fatto che il proprietario del fondo dominante non usa della propria servitù e quindi, apparentemente almeno, non affaccia pretesa di sorta sulla proprietà del vicino che vuole altresì usucapirne la libertà in diritto. Malgrado peraltro questa dimostrazione generale, quantunque rara, la possibilità di un possesso violento, clandestino o precario in taluni casi anormali od eccezionalissimi può anche ammettersi: nel qual caso, vista bene la specie, si troverà che (qualora davvero questi siano vizi esclusivi del possesso *ad usucapionem libertatis* e non del possesso più comprensivo che ha corrispondenza colla proprietà del fondo) il possesso davvero non è idoneo neppure alla *usucapio libertatis;* ma che vi sono altrove e comunque, in tutta quanta la costruzione giuridica della posizione di fatto, tali anormalità da rendere il caso davvero interessante e meritevole di un più profondo esame, talchè di tutta quanta la situazione giuridica si debba agevolmente avvertire il lato debole.

Che se il rapporto di fatto, come produttivo di conseguenze giuridiche, è davvero imperfetto e manchevole, ciò può dipendere anche dal diritto di proprietà e non soltanto dal diritto di servitù: dipendendo dal diritto di proprietà può travol-

Digitized by Google

gere seco bene altri istituti di maggiore importanza che la servitù non sia. L'essenziale è dunque in questo e nei casi consimili stabilire il sistema e il metodo delle prove, e non occuparsi soverchiamente delle conseguenze che un tal sistema di prove può trascinare: colla sicurezza che, quando siasi seguito un buon metodo, non vi è pericolo di errore: i principî generali debbono trovare il loro preciso riscontro in tutti i casi speciali, senza sforzo nè rettificazione alcuna e salvo il debito riguardo alle eccezioni nei casi in cui queste vigono. La durata del possesso naturalmente dev'essere quella che le leggi esigono perchè possa dirsi decorso il tempo dell'usucapione, ed in ogni istante di questo periodo il possesso dev'essere naturalmente atto alla produzione di quel fenomeno giuridico che si presta all'*usucapio libertatis:* la qual cosa non sarà difficile, ritenendosi questo possesso *ad usucapionem libertatis* parallelo sempre al possesso *iure dominii.* Ed è anche difficile che, se da parte dell'avente diritto all'esercizio della servitù concorre il non-uso all'esercizio del diritto stesso, il possesso dell'usucapiente la libertà del proprio fondo subisca interruzioni; appunto perchè la libertà del fondo che si possiede è nè più nè meno che una funzione del diritto di proprietà, quando non si trova in contrasto con un diritto frazionario che altri pretenda esercitare sulla cosa stessa che di quella proprietà è oggetto e che naturalmente ad una tale libertà porterebbe ostacolo. La difficoltà massima che una tale combinazione in fatto si avveri, ossia che si abbiano interruzioni al possesso per l'*usucapio libertatis* in confronto al possesso *iure proprietatis,* può dispensarci da ulteriore discussione.

Digitized by Google

CAPO II.

Buona fede.

90. Concetto giuridico della buona fede: diritto romano. — 91. Testi del diritto romano classico. — 92. La presunzione della buona fede nel possesso *ad usucapionem servitutis*. — 93. Buona fede iniziale o continuativa ed *animus*.

90. La buona fede è anzitutto un elemento necessario che concorre a costituire l'usucapione in forza dei principî generali che in tutto il diritto proclamano non doversi dare effetto giuridico alla mala fede; dappoichè appunto tra la buona e la mala fede nella condotta umana in materia giuridica non ci è via di mezzo. Che cosa sia la buona fede torna quasi inutile ricercarlo e determinarlo nuovamente per il caso speciale dell'usucapione. Ciò si dice con tanta e assoluta sicurezza per il diritto moderno, in cui la buona fede è richiesta sempre rigorosamente per una conseguenza quasi necessaria di quanto venne a stabilirsi nel diritto canonico con il cap. 20 delle Decretali, *de praescr.*, 2, 26: poichè, secondo il diritto moderno, la buona fede si presenta come una perfetta ineccezionabilità o impeccabilità morale in tutto quanto il contenuto dell'azione nella quale il negozio giuridico s'impernia, dal principio alla fine del negozio stesso. La definizione in diritto moderno è superflua, appunto perchè questo requisito si ritiene esistere, qualora le regole della moralità comune o razionale non si trovino mai violate dal principio alla fine del negozio di cui si tratta, oggettivamente considerando ogni fase di esso negozio e risalendo nei casi d'interpretazione equivoca alla ricerca della volontà dell'agente qual'è determinata dai fatti ma quale risulta anche da mezzi di prova estranei all'azione in cui fondamentalmente il negozio giuridico consiste. Se vi è una manovra, tradotta in atto, per ingannare l'avversario (dolo vero e proprio) e se anche vi è un semplice tentativo esteriore e oggettivo per approfittarsi dell'altrui svista o balordaggine, non può dirsi certamente che il requisito della buona fede sia salvo. E qui notisi che in questa materia delle usucapioni del possesso non è la stessa cosa come nei contratti:

Digitized by Google

per la qual cosa, se nei contratti è ammesso che taluno, senza manovre di propria iniziativa si approfitti della balordaggine altrui, ciò è assolutamente escluso per l'usucapione qual modo tutt'affatto eccezionale di acquisto del possesso, di fronte agli altri modi più normali, e, si direbbe quasi, più aperti. Ma anche ciò va inteso in un senso assai discreto: poichè se il proprietario del fondo serviente tollera e non contraddice legalmente, con una certa efficacia, quegli atti che preludiano all'usucapione, benchè senza rendersi ragione delle conseguenze di questa sua tolleranza e della natura degli atti posti in essere dal suo vicino, l'usucapione stessa corre egualmente. Così se il proprietario di un fondo si accorge che il vicino, avvalendosi di un permesso dato per la prima volta senza estensione continuativa, seguita ad avvalersi del pozzo proprio e va ad attingervi acqua tutti i giorni, senza comprendere che un giorno quel suo vicino potrà reclamare di aver compiuto un'usucapione della servitù: in tale ipotesi il vicino può usucapire benissimo senza che gli si possa rimproverare questa circostanza, che il suo avversario o contraddittore non abbia compreso, specialmente per ignoranza di diritto, che la prolungazione di quest'attingere acqua potesse produrre conseguenze tanto importanti. E, quantunque l'uso così protratto abusivamente con intenzione di usucapire non dimostri nell'usucapiente una moralità sommamente elevata, tuttavia non può dirsi che basti a costituirlo in mala fede e a fargli perdere i benefici di un acquisto anormale e che la legge ammette solo per ragioni di opportunità e per evitare eccessivi spostamenti dello stato attuale e permanente dei diritti e del loro esercizio con trasformazioni più pericolose degli stessi abusi che si vorrebbero eliminare.

Che i Romani pure avendo, come sappiamo, il concetto della buona fede, non l'applicassero al possesso e all'usucapione, sembra cosa non troppo facile ad ammettersi, perchè assolutamente non troppo naturale, data l'unità della sistemazione giuridica dei vari istituti: tanto più in quanto si sa che essi giunsero fino al punto di creare e riconoscere esistenza e valore eccezionale ai negozi giuridici caratterizzati appunto dalla buona fede, con speciale tutela giuridica

Digitized by Google

soprattutto affidata alla legislazione pretoria e ad una procedura ben distinta dall'ordinaria portata dal rigoroso gius civile. Or qui si tratterebbe non già di dar vita ad un istituto in base ad un concetto di buona fede, ma bensì di rendere più difficile colla rigorosa applicazione di questo principio l'esplicamento di un beneficio eccezionale, di una forma caratteristica della quale si concede l'uso soltanto per ragioni di opportunità: per la qual cosa sembrerebbe invece che non si dovesse avere grande difficoltà a frenare o limitare l'estensione del mezzo eccezionale per dar vigore maggiore ai mezzi normali e ordinari di acquisto, più confacenti alla naturale sistemazione della proprietà e dei beni tutti patrimoniali. Certo non è lo stesso assumere la buona fede come mezzo per la costruzione di un istituto nuovo e a sè stante e assumerla come limitatrice all'espansione di un istituto destinato a sanzionare lo *statu quo* nelle posizioni di fatto, dalle quali traggono la loro esistenza istituti eccezionali di diritto destinati all'acquisto di diritti frazionari della proprietà. Nell'un caso la buona fede interviene positivamente, negativamente nell'altro; tenendo fermo che in quest'ultimo caso si debba partire da un certo favore da accordarsi allo stato di fatto in via di opportunità e per evitare gravi spostamenti alle posizioni che sono già entrate nell'orbita dei fatti sanzionati e riconosciuti dal diritto. Senza dubbio l'importanza è diversa per l'intervento della buona fede in un caso e nell'altro: ad ogni modo è d'uopo tener presente che l'usucapione è un mezzo eccezionale d'acquisto, e che, se mai altrove, in questo caso soprattutto si dovrebbe pretendere la rigorosa applicazione dei principî relativi alla buona fede. Senonchè, fin qui non si è fatto che discutere il quesito astrattamente, e conviene senz'altro ricorrere all'esame dei testi del diritto positivo in quanto possono avere un'efficacia decisiva sulla materia, escludendo gli equivoci possibili e fornendoci eventualmente un punto di partenza e di orientazione per risolvere con esattezza qualsiasi controversia relativa alla buona fede nel possesso *ad usucapionem*.

Molti si lasciarono impressionare dalla cost. 2, Cod. 3, 34, che accennò alla semplice scienza e non anche alla buona fede, espressamente; per la qual cosa fu detto essersi voluto

Digitized by Google

tener conto del requisito opposto alla clandestinità e non punto di altro requisito che più profondamente attaccasse la natura e l'esistenza di un tale possesso. Certo la scienza da parte del proprietario del fondo serviente è argomento indispensabile perchè questo possesso sorga alla luce del sole per mantenersi alla luce del sole come dominio di servitù, a usucapione compiuta: laonde tuttociò ch'è diretto a togliere ad un tale possesso il carattere di volgare e insidiosa sorpresa sembra proprio di intuitiva ed elementare necessità anche all'infuori di una disposizione precisa della legge positiva, poichè non è se non la traduzione parziale del possesso privo di vizi che alterino o comunque corrompano la perfetta esistenza di esso. La tardiva legislazione imperiale su questo riguardo, è vero, nulla aveva da aggiungere allo stato della giurisprudenza qual era al momento della compilazione tribonianea. Si volle forse abbondare in chiarezza e in esattezza, perchè non si potesse equivocare, in un'epoca nella quale i *potentiores* probabilmente già cominciavano ad usurpare diritti ovunque: e da un tal punto di vista forse le precauzioni non dovevano sembrare superflue; tanto e così praticamente esse avrebbero potuto sortire il loro effetto. Ma il quesito della buona fede rimase impregiudicato dalle costituzioni imperiali; e giustamente, poichè la sua importanza è così grande, da richiedere un lavorìo autorevole e paziente di giurisprudenza classica a sviluppo normale, e non già quello affrettato, e solo dotato d'importanza pratica, della legislazione imperiale che non sempre nè di regola corrisponde ad un criterio giuridico veramente scientifico. E però bisogna rifarsi appunto dalla giurisprudenza classica per attendere alla valutazione di questo criterio della buona fede. I trattatisti di diritto romano, per evitare equivoci pericolosi di qualsivoglia entità credettero bene di cominciare colla definizione di questo elemento della buona fede. È richiamata una definizione di TEOFILO, *ad pr. Inst.*, lib. 3, tit. 23: *bona fides* δέ ἐστι τὸ πιστεύειν με, δεσπότην ἐιναι τον πεπρακότα, ἢ δωμησάμενον, ἢ ἐξ ἄλλης εὐλόγου ἀιτία, διον ἀπὸ περμουτατίονος ἤτοι ἀνταλλαγῆς παραδεδωκότα. La buona fede dunque, secondo questo scoliasta, consisterebbe nella convinzione di esser dotato della facoltà di disporre di una cosa o di un diritto o a titolo di proprietà o altrimenti: e

Digitized by Google

però, quando si potesse provare o risultasse una tal convinzione, sarebbe del tutto oziosa la ricerca se essa fosse bene o male fondata, bene o male giustificata. Si definì la buona fede, quanto alle usucapioni, come: *l'opinione del possessore, che, trattando la cosa da padrone, ei non faccia torto a diritto di padronanza* (1). Se in questa definizione torto si spiega per *iniuria* nel senso romano, cioè per contrasto o collisione riprovata dal diritto, in tal caso la definizione può anche andare ma rettificata nel senso che il possessore (meglio anche colui il quale esercita un potere fisico sulla cosa, che corrisponda all'esercizio e al possesso del diritto di servitù) debba opinare che, esercitando sul fondo taluni determinati atti di sfruttamento o di utilizzamento, con questo non venga a ledere il diritto del proprietario oltre quanto sia la conseguenza naturale e necessaria di un diritto proprio. È dunque l'opinione di mantenersi nell'orbita del diritto e di non abusare nè di commettere atti arbitrari: è la erronea opinione o credenza di esplicare un diritto che non si ha o di perfezionare coll'uso un diritto che si ritiene esistente in sostanza, e solo forse imperfetto per la forma o non completato dai richiesti amminicoli o sussidi di secondaria importanza. E forse, procedendo ancora, è l'opinione di passar sopra alle rigidezze del diritto civile e formale per instaurare il diritto astratto o la morale giuridica, sul riflesso che *qui iure suo utitur neminem ledit*, anche se viola qualche disposizione che abbia attinenza alla forma. Nè la posizione è difficile a configurarsi nei rapporti di vicinanza, dove non di rado i vicini varcano persino i confini in buona fede e molto più per conseguenza possono in buona fede arrogarsi l'esercizio di qualche servitù attiva. S'intende che la prima radice di questi abusi, perchè non cozzi colla buona fede, deve consistere in un equivoco continuato od in una serie di equivoci concentrati e unificati in una sola direzione; altrimenti non potrebbe aversi un abuso vero e proprio, ma si avrebbe un uso secondo un modo di acquisto migliore dell'usucapione e che non esigerebbe punto il concorso o il

(1) Ruggieri, *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso, in dir. rom.;* Firenze, Pellas, 1880, vol. II, pag. 20 (§ 496).

Digitized by Google

sussidio di questo mezzo eccezionale. Ora può anche darsi che originariamente siavi stato un titolo o altro modo qualsiasi di acquisto normale, diverso dall'usucapione; ma che poi questa abbia servito per estendere l'oggetto della servitù oltre quanto risponde al titolo o al qualsiasi mezzo normale di costituzione. In tal caso può darsi che l'usucapiente creda di possedere in virtù del titolo o dell'altro qualsiasi mezzo normale di costituzione e d'acquisto della servitù, mentre effettivamente eccede i limiti della servitù così come è stata costituita per il mezzo normale diverso dallo straordinario ed eccezionale dell'usucapione. L'errore e l'equivoco può consistere nelle misure e anche nell'interpretazione di qualche clausola del titolo costitutivo; può consistere nell'equivoco sull'estensione del contenuto o anche semplicemente sull'uso dei mezzi adatti all'esplicazione effettiva del diritto di servitù. Queste anzi sono le ipotesi più normali di buona fede: poichè l'equivoco, per essere sinceramente tale, deve avere il suo addentellato in qualche cosa di positivamente certo e che risponda alla vera situazione obbiettiva e alla posizione giuridica genuina. Escluso ogni concetto di violenza od anche soltanto di prepotenza, resta l'equivoco o l'errore nel giudizio e nell'apprezzamento o del diritto o del fatto, accoppiato alla piena convinzione di esplicare una facoltà legittima in via del tutto regolare. A mo' d'esempio ancora, potrebbe essersi smarrito il titolo scritto per la costituzione d'una servitù, e quindi potrebbe esser tolto il mezzo per esaminare e rettificare l'osservanza di un determinato esercizio in base alla costituzione stessa: restando così necessariamente il sopravvento all'osservanza sopra ogni altra considerazione; e ciò anche per la già richiamata ragione dell'opportunità di non alterare i rapporti di fatto già esistenti. Or tuttociò non può dirsi che non accada in buona fede, dalla parte di colui che si prepara ad allegare l'acquisto della servitù per usucapione: poichè egli crede fermamente di avere il diritto ad usare della servitù con una data estensione e in una data entità, come se questo diritto gli competesse davvero altrimenti che per la lunga osservanza.

Ma se nella definizione sopra addotta s'intende il non far torto a diritto di padronanza nel senso di non menomare il

Digitized by Google

diritto del proprietario del fondo, l'ipotesi sarebbe completamente falsa, contraria alla vera posizione di diritto e di fatto: perchè appunto il proprietario del fondo dominante deve ritenere che l'esercizio di quella qualsiasi facoltà ch'egli traduce attivamente sulla cosa altrui implichi una violazione, giusta bensì e legittima, del diritto ottimo massimo del proprietario del fondo serviente sul fondo stesso che trovasi in proprietà di esso e del quale quegli non ha più il godimento esclusivo quanto ad una data utilità o ad un dato capo di sfruttamento. Quì consiste appunto l'*animus* dell'esercente un diritto di servitù; poichè se il proprietario del fondo dominante credesse di avere un diritto di proprietà o di comproprietà sul fondo serviente e di esercitare su di esso le relative facoltà, non saremmo più essenzialmente in tema di servitù o di pretese di servitù, ma in tema di proprietà o di pretese per la proprietà: e ciò per quanto la servitù debba veramente ritenersi come quasi una piccola parte del diritto di proprietà. Ammettendosi l'usucapione delle servitù si rientra sotto la regola generale che i negozi giuridici debbano essere compìti in buona fede; e quindi non si deve eccezionalmente ricadere in quell'*improba usucapio*, che nell'*usucapio pro herede* fu caratterizzata dalla mancanza di buona fede e può spiegarsi per il favore che si accordava alla continuazione della personalità del defunto, posta in riscontro alla morale iattura che si ravvisava nei casi di eredità giacente. Or nessuna *improba usucapio* certamente può ammettersi per acquisto dalla servitù; ma è pur d'uopo convenire che l'usucapione, anche come mezzo d'acquisto della servitù, non è certo la via più diritta e la veramente normale, ed ha in sè qualche cosa che vuol riferirsi ad uno stato fuor dell'ordinario e nel quale è d'uopo tenersi con il dovuto riguardo, studiando continuamente di non eccedere i limiti precisi determinati per il modo di costituzione. Che quindi nell'usucapione non vi può essere alcun'altra giustificazione giuridica, da quella infuori la quale si presenta per l'opinione ferma e costante di essere nell'esercizio di un proprio diritto di servitù, già iniziato a buona ragione; sebbene altro mezzo non vi sia per farne valere l'acquisto, all'infuori di questo esercizio stesso e dei diritti che eventualmente si

Digitized by Google

possono invocare come originanti dal fatto relativo. La buona fede deve consistere nel possesso non *animo domini* ma *animo dominantis;* altrimenti la usucapione sarebbe del dominio e non della servitù. Il padrone o proprietario non può usucapire la cosa propria a titolo di servitù ma solo a titolo di liberazione dalla servitù: il che equivale a dire che egli rientra nel pieno esercizio del suo diritto di dominio su quella cosa, come se su di essa la servitù non fosse stata esercitata mai. Peraltro un concetto anche indeterminato, imprecisato d'iniquità pregiudica sostanzialmente il concetto della buona fede atta all'usucapione; e il concetto d'iniquità ossia di negazione dell'equità non ammette proprio una spiegazione determinata e limitata, ma apre l'adito ad ogni specie di applicazione. E notisi che qui il concetto di buona fede è un concetto attuoso e positivo, appunto perchè trattasi di limitare il diritto altrui e di affermare il diritto proprio: quindi è tutto un lavorio d'iniziativa che si compie nei rapporti tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente, nè basta uno stato d'incertezza. Così l'*usucapio pro emtore* non è data per quella parte che si conosca essere altrui (L. 4, Dig. 41, 4); mentre le altre parti ammettono il beneficio della *longa possessio* e l'usucapione a titolo di compra: per quanto la *causa possessionis* e la *causa usucapionis* siano separate (L. 2, § 1, Dig. 41, 4), tuttavia e anzi perciò non può negarsi che il citato frammento 4 parli di (*usu*) *capio longa possessione.* Nè può sconoscersi che questo concetto dell'attuosità del possesso si deve non tanto al concetto della *possessio pro emtore,* considerata distintamente da ogni *possessio causa usucapionis,* quanto piuttosto a questo concetto di usucapione, che si riproduce anche nelle cause di possesso a titolo di dominio intiero su di un fondo, benchè la sua sede più necessaria e più caratteristica sia in materia di diritti frazionari o limitativi del *dominium optimo iure* sul fondo di cui si tratta e perciò costituenti eccezioni di natura sfavorevole.

91. Quanto ai testi, vi è la l. 27, Dig. 18, 1, la quale pone il caso d'un acquisto fatto dal pupillo *sine auctoritate tutoris* o *falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse;*

Digitized by Google

e risolve che il preteso compratore *non videtur bona fide emere.* Questa opinione di SABINO, ribadita nei commenti sabiniani di PAOLO, sembra mettere la scienza del falso tutore (ed egualmente la scienza che manchi l'interposizione della *tutoris auctoritas,* perchè la credenza che questa non occorra implicherebbe in ogni caso un errore di diritto anche meno scusabile dell'errore di fatto) come base della mala fede: ma non dice che in questo caso l'*emtor* non debba essere e mostrarsi come in ogni altro caso *curiosus conditionis eius cum quo contrahit.* Da un tale punto di vista la mancanza di scienza o l'imperfetta scienza non può allegarsi, non ha significato nè importanza: tanto vero che i giureconsulti non se ne preoccupano neppure e parlano della scienza come di un requisito normale e verificantesi in tutti i casi, come di spiegazione necessaria del negozio contrattuale e amalgamantesi colla causa di questo negozio, giuridicamente considerata e non per le sue attinenze patrimoniali puramente economiche. La l. 2, § 8, Dig. 41, 4, dovuta al commento edittale dello stesso PAOLO, che segue l'opinione di SERVIO e commenta quasi una costituzione di TRAIANO (di cui però si mette persino in dubbio l'esistenza), ci pone sotto agli occhi l'acquisto fatto dal tutore, all'asta, di una cosa appartenente al pupillo e che egli credeva appartenere al pupillo. Secondo l'opinione di SERVIO, quel tutore potrebbe usucapire, se avesse avuto intenzione od anche soltanto cognizione (*opinio*) di non render peggiore la situazione del pupillo: ma, se egli abbia acquistato la cosa per un prezzo minore di quello che il pupillo avesse potuto ritrarre da altri, dovrebbe esser tenuto per giudizio di tutela, come se nell'auzione avesse deliberato il fondo ad un terzo per un prezzo minore di quello offerto da altri nella stessa auzione. In questa seconda ipotesi, cioè nel caso di acquisto del fondo per un prezzo minore di altro prezzo che sia risultato per l'auzione, evidentemente si deve verificare la posizione intenzionale inversa di quella determinata nel primo caso: vale a dire l'*opinio quod deterior causa pupilli fiat,* la quale nel caso nostro rappresenta proprio il dolo specifico, come l'*opinio quod causa pupilli deterior non fiat* rappresenterebbe in questo caso la buona fede specifica. E notisi che, quantunque sotto il titolo *pro emtore,* siamo

Digitized by Google

sempre in materia di usucapione, perchè il testo parla di *posse usucapere*. Che se si volesse una decisione precisa in materia di compra e senza accenno all'usucapione, basterebbe il frammento ricavato dalle *Pandette* di MODESTINO, per formare la l. 109, Dig. 50, 16: è compratore di buona fede colui che ignora la cosa comprata essere cosa altrui o crede che il venditore abbia la facoltà di vendere come procuratore o tutore o comunque altrimenti. Anche in tal caso resterebbe scoperta e libera la domanda: se mai il compratore non avesse dovuto mostrarsi diligente o più diligente nel ricercare se veramente colui dal quale egli acquistava fosse il procuratore o il tutore o altra persona legalmente autorizzata all'alienazione di quella cosa. Di questo stesso principio non è poi che un'esplicazione pratica quello riportato dai Digesti di SCEVOLA come l. 14, Dig. 41, 4: in cui è concessa l'usucapione all'acquirente della porzione indivisa di un fondo ereditario venduto complessivamente da uno di due fratelli coeredi, mentre l'altro fratello coerede era assente e a nome anche di costui. L'usucapione è accordata — *si credidisset mandatu fratris veniisse;* — intendendosi che in caso contrario, cioè — *nisi credidisset mandatu fratris veniisse* — non fosse il caso di accordare questo beneficio. Anche qui non è detto che il compratore siasi mostrato sufficientemente diligente nel ricercare se il fratello presente avesse mandato per il fratello assente; ma non è neppur escluso, nulla lasciando supporre che qui siasi voluto derogare all'applicazione dei principî generali.

A questo riguardo è alcun poco interessante il tit. 7 del lib. 41, Dig., in cui si pongono i principî supremi del possesso *pro derelicto;* grazie al quale la cosa cessa di appartenere al proprietario originario e diventa di un occupante. Affermato il concetto dell'occupazione della cosa abbandonata, spiegato come debba ritenersi che la cosa cessi di essere in possesso del proprietario derelinquente anche prima di venire in possesso dell'occupante, dimostrato che non si può possedere *pro derelicto* semplicemente una parte della cosa; si ammette la usucapione di cosa ritenuta siccome abbandonata, anche se si ignori da chi sia stata abbandonata (L. 4, *eod.*), anche a favore di un terzo acquirente da chi abbandona la cosa

Digitized by Google

stessa, come si ammetterebbe se la cosa fosse stata donata a colui dal quale si compra per usucapire (e cioè senza ostacolo per il fatto che la cosa *non fuerat in bonis* di colui dal quale si compra): essendo questa appunto la posizione giuridica *pro derelicto*, di far passare la cosa abbandonata in proprietà di colui che per caso siasene impadronito (L. 5, *eodem*). Ma si aggiunge che niuno può usucapire, quando ritenga falsamente che la cosa sia stata abbandonata (L. 6, *eod.*); che non si possono usucapire le merci gettate dalla nave (L. 7, *eod.*). Or dunque la ricerca della buona o mala fede di colui che mette mano sulla cosa per usucapirla è uno studio costante di tutti i frammenti che riguardano il titolo *pro derelicto:* conviene che colui il quale prende la cosa la ritenga abbandonata, anche senza sapere da chi sia stata abbandonata; ma naturalmente egli deve aver la coscienza che la cosa sia stata abbandonata — *quum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur, voluisse alicuius fieri* — e — *quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent cui casus tulerit* — (L. 5, § 1, Dig. *h. t.*). Quando i naviganti in pericolo di essere sommersi gettano dalla nave nel mare le merci che fanno parte del carico, essi non intendono già di abbandonarle perchè cadano in potere del primo occupante, ma intendono semplicemente sbarazzarsene sul momento per ragion della propria salvezza, salvo a riprenderle, se potranno, allorchè il pericolo sarà trascorso e sarà loro dato porsene tranquillamente alla ricerca. Qualora un terzo si mettesse in potere di merci così gettate senza intenzione di abbandonarle, ossia non *pro derelicto*, darebbe prova di mala fede assai limitatamente, ma più che altro non darebbe prova di quella buona fede ch'è elemento sostanzialmente positivo per il possesso *ad usucapionem*. Poichè è pur d'uopo convenire che chi si appropria le merci che provengono da uno *iactus* in mezzo ai flutti marini, le più volte considera che quelle merci stesse non potranno essere riprese dai naviganti che le gettarono o potranno essere riprese da quelli soltanto dopo non poco altro tempo e generalmente in tale stato di avarie, da non permettere più utilizzazione alcuna. Del resto è tanto simile il caso di uno *iactus* in mare a quello di uno *iactus* attraverso le campagne; che potrebbe

Digitized by Google

anche darsi il caso che un vettore, sapendo di non poter proseguire con un dato peso facendolo trasportare dalla propria bestia inferma o debole, per non far perire il suo animale per la strada, ponesse a terra una parte del carico per tornar quindi a riprenderlo in un secondo viaggio o con altra bestia da soma. Potrebbe darsi altresì che facesse questo per evitare la minacciata rottura del fondo del proprio veicolo. In queste ipotesi, a meno che il vettore o carrettiere abbia nascosto in un posto remoto dell'immensa campagna le cose eliminate dal carico per ragione di prudenza, queste cose possono senza mala fede certamente essere prese da un passeggiero con intendimento di essere possedute *ad usucapionem*. Ma, assimilando questa all'ipotesi dello *iactus* delle cose facenti parte di un carico marittimo, si dovrebbe venire alla conclusione opposta; che cioè colui il quale s'impadronisce di tali cose non possa mai possederle *ad usucapionem*, essendo le cose stesse oggettivamente inadatte all'impossessamento altrui, perchè il possessore o detentore non le ha abbandonate con intenzione di perderle, ma le ha eliminate dal carico per il momento, con intenzione di riprenderle se sarà possibile. L'ipotesi insomma si può perfettamente paragonare a quella dello *iactus* in mare delle merci che formano il carico della nave che si vuole alleggerire: chi getta quelle merci non intende spogliarsene del possesso ovvero spogliarne del possesso il proprio mandante o committente, ma frattanto per sè o per costui si spoglia del *corpus*, vale a dire della fisica disponibilità della cosa sulla quale cade l'abbandono *o derelictio*. Questa mancanza di fisica disponibilità della cosa sembra tuttavia insufficiente perchè la cosa stessa debba ritenersi come abbandonata e perchè la condotta di chi se ne impadronisce possa meritare quella patente di correttezza giuridica che può rendere meno scabroso l'iniziamento del possesso *ad usucapionem*, ossia un diverso sfruttamento della cosa di cui si tratta. Il possesso, in altri termini, per l'usucapione sarebbe vizioso, mancherebbe di quella buona fede che dev'essere suo requisito positivo, per quanto non possa dirsi in senso assoluto che vi abbia mala fede: e, dato pure che si tratti di requisiti più rigorosamente accentuati per l'usucapione che non per il possesso destinato ad altra

Digitized by Google

configurazione giuridica, non per questo resta meno fermo che la semplice esclusione della mala fede nel caso nostro non basta, ma occorre una somma di elementi intenzionali di maggiore importanza, perchè debbano concorrere alla formazione di un rapporto giuridico nuovo, dotato di vitalità propria e produttivo di effetti caratteristici eccezionali, sostituiti a quelli che si potrebbero ottenere per via diretta. Decisamente non si deve mai perder di vista che ci troviamo alla presenza di rapporti giuridici eccezionali, i quali debbono contenersi nei limiti rigorosi della loro portata speciale.

La l. 5 pr., Dig. 41, 7, ammette, lo sappiamo, interpretazioni diverse, e difficilmente si può riescire a conciliare le varie opinioni che sopra di essa si sono formate. Ma noi, che non dobbiamo esporre qui una teoria generale del possesso o dell'usucapione, ci dobbiamo limitare a ricercare le funzioni speciali dell'elemento intenzionale nel possesso *ad usucapionem*, specialmente in rapporto alla *bona* e alla *mala fides*. Si deve aver riguardo senza dubbio all'elemento oggettivo, come quando taluno non sappia di comprare dal proprietario della cosa acquistata; nel qual caso l'acquirente acquista il dominio della cosa a lui consegnata dal proprietario (L. 9, § 4, Dig. 22, 6). Evidentemente, vale anche la conclusione inversa. Se taluno non sappia di comprare dal non-proprietario della cosa acquistata, ma in effetto compri dal non-proprietario, non si può dire che sia in mala fede, quando egli creda di acquistare dal proprietario: ma tuttavia l'elemento oggettivo della provenienza, se si procede collo stesso criterio, manca e mancando può infirmare, rigorosamente giudicando, tutto quanto il negozio giuridico nella sua interezza. Ma si può osservare in contrario che non sempre può dirsi che un argomento rigoroso debba trarsi ad ogni conseguenza in tutti i sensi: e che, per escludere la mala fede, sovente è necessario ispirarsi ai criteri dell'equità. Quando taluno creda senza malizia di acquistare una cosa qualsiasi dal proprietario e non sappia invece che l'alienante della cosa stessa non ne è il proprietario, può dirsi davvero per regola generale ch'egli non sia in mala fede, poichè, se anche egli avesse omesso le ricerche e le precauzioni opportune per constatare il dato di fatto della proprietà, questa

Digitized by Google

omissione non basterebbe a costituire la mala fede, per la quale occorre un proposito determinato e illuminato da tutte le circostanze di fatto che concorrono a formare una situazione giuridica. Si potrà a lui rimproverare un crasso errore di fatto, ed anche l'omissione di una mediocre diligenza nelle indagini, tanto da non ammetterlo a conseguire taluni effetti giuridici di questo suo acquisto od anche da considerare l'acquisto stesso come non avvenuto o inutile; ma tuttavia, malgrado questo, non potrà mai dirsi che egli si trovi in mala fede. Neppure tuttavia può dirsi ch'egli si trovi in buona fede, poichè la buona fede è un elemento positivo, un requisito di gran pregio che occorre studiosamente acquistare con una dose apposita di buona volontà, la quale si traduce in ricerche delicate e pazienti dirette al fine determinato di procacciarsi quanto occorre per il contenuto del diritto al quale si aspira. Quando si è passato dappresso alla casa della mala fede senza lasciarsi lusingare ad entrarvi, prima di varcare la soglia della buona fede vi è anche della strada da fare; nè la zona che separa la mala dalla buona fede può essere considerata, come parte di tutto il negozio giuridico, indifferente o neutra, ma è una zona quasi di un'erta ripida, che convien salire per elevarsi nelle alte sfere della buona fede. Questa zona non è dunque un abisso, ma è il terreno accessibile delle ricerche, delle indagini, della curiosità attuosa e diligente: a seconda dei casi sarà più o meno estesa, perchè occorrerà una quantità maggiore o minore di diligenza, ma non potrà mai stabilirsi un punto di contraddizione per contatto immediato in senso contrapposto tra la mala e la buona fede: cosicchè debba dirsi che là ove finisce la buona cominci la mala fede, e viceversa. Specialmente gli istituti che sono fondati per dar premio o sanzione alla buona fede, debbono riposare sopra di questa come su di elemento positivo, e giungervi attraverso ad una serie di ricerche e di fatiche a seconda dei casi e della natura del rapporto giuridico di cui si tratta; poichè, mentre è giusto che dalla mala fede derivi una sanzione di pena o di perdita, non è logico che fuori della mala fede siavi senz'altro premio ed acquisto. Il punto in cui non si trova nè bene nè male, nè premio nè pena, nè acquisto nè perdita, è, di per sè e senza rapportarlo all'esito

Digitized by Google

finale del negozio giuridico, un punto d'inerzia completa e che non può produrre conseguenza alcuna nè favorevole nè sfavorevole, nè positiva nè negativa: *vigilantibus et non dormientibus iura data sunt.*

Si richiamano come aventi una certa influenza sulla materia anche i frammenti 48, Dig. 41, 3; 2 pr., Dig. 41, 4; 3, Dig. 41, 10: PAOLO nel caso di tradizione per l'adempimento di un obbligo giuridico ammette l'usucapione quando anche chi riceve creda che obbligo di tradizione vi sia; ma che non sia ammessa l'*usucapio pro emtore* quando la tradizione non si faccia in conseguenza di alcuna vendita, poichè chi non comprò non può *usucapere pro emtore* e neppure *pro soluto*, come negli altri contratti. Evidentemente, tuttavia, nel caso di usucapione delle servitù non è data tradizione alcuna a titolo di dominio della servitù stessa, poichè non è se non questione d'uso: quindi questa disposizione non può applicarsi alle servitù, a meno che non si dica non poter usucapire a titolo di servitù chi a titolo di servitù non esercitò possesso o quasi-possesso, ma lo esercitò invece a qualche titolo diverso dalla servitù. La mancanza di quell'equità che rende operativa la buona fede e che n'è come il veicolo, e la mancanza di giusta causa anche nel caso nostro impedirebbero l'acquisto della servitù per usucapione, poichè anche nell'ipotesi di usucapione per costituzione di servitù il negozio giuridico dev'essere di equità o almeno non contraddire alle norme dell'equità e dev'essere ispirato a quella giusta causa ch'è consentanea alla natura di esso. La qual cosa peraltro discende dall'applicazione dei principî generali, senza sforzo, e non porta alcuna conseguenza caratteristica e che nella specie presenti una qualche particolarità di adattamento. Non solo ne' manuali, ma pur ne' commenti edittali PAOLO richiede che nel possesso *pro emtore* si abbia anche una *causa emtionis:* e, se taluno stimando di esser debitore consegni la cosa a persona che ignori non esser dovuta, questa persona può usucapire. Insomma si tratta sempre di consegna o tradizione della cosa e quindi per render possibile l'usucapione basta l'esclusione della mala fede e non è necessaria la piena e diretta assicurazione dell'esistenza della buona fede. Anche POMPONIO nella terza delle

Digitized by Google

leggi citate suppone la tradizione. In queste ipotesi è facile il vedere perchè si richieda la semplice assenza della mala fede e non anche la presenza della buona fede; il negozio giuridico che vi corrisponde ha pure un punto di appoggio: la tradizione della cosa che forma l'oggetto del negozio stesso. Partendo dalla tradizione come dalla base del negozio giuridico, e poichè la tradizione è atto bilaterale di chi dà da una parte e di chi riceve dall'altra, con essa è esaurita tutta quanta l'iniziativa che serve per il negozio giuridico e per il contenuto di quello; diguisachè tutto il resto non è se non elemento passivo o inerte, destinato al più a mantenere semplicemente in fermentazione il negozio stesso fino al suo compimento, pur sempre senza nulla aggiungere agli elementi basici o costitutivi di esso. Tali diverse funzioni debbono necessariamente entrare in considerazione quando si tratta di avvisare alla struttura dei negozi giuridici e alle ragioni differenziali che contraddistinguono tra loro vari istituti i quali a prima vista sembrerebbero avere reciprocamente una più stretta attinenza; per la qual cosa è d'uopo porre attenzione ad esse con un metodo critico minuziosamente analitico. E convien persuadersi come non vi sia ragione, per cui la buona fede, come risulta dall'aggettivo, non debba rappresentare un elemento positivo e positivamente calcolabile, sia pur contrapposto alla mala fede, ma non meno per questo positivo e a sè stante: la contrapposizione vi è per il contenuto intenzionale, ma le funzioni sono diverse e diversamente avviate per la perfezione del negozio considerato nella sua unità. Se poi si vuole, come di ragione, avere uno speciale riguardo all'equità, si conclude senza nessuna difficoltà che l'usucapione in materia di acquisto di servitù o di limitazione del diritto di proprietà deve esser sempre riguardata con occhio di diffidenza e non vuole ammettersi se non quando appunto si presenta come la consacrazione di uno stato di fatto dominato dalla buona fede e il cui sconoscimento produrrebbe gravissimi inconvenienti per gli interessi che verrebbe a spostare senza ragione sufficiente. L'usucapione delle servitù prediali in tanto si ammette, in quanto è elemento di equilibrio e di ordine, non di squilibrio e di disordine: si tratta sempre di dare agli istituti giuri-

Digitized by Google

dici quell'avviamento che più si confà ad un tempo e agli interessi individuali isolatamente considerati per ogni rapporto giuridico e all'interesse sociale generale che sopra tutti gli interessi individuali si erige, inquantochè ne rappresenta la somma avente corpo a sè solo esteriormente, ma effettivamente risultante da una serie di componenti, quanti sono gli interessi stessi individuali, uniti tra di loro per virtù di collegamento e per coesione che dipende dalle stesse forze vive e spontanee della natura e della consociazione, le quali agiscono come per incanto su tutta quanta l'organizzazione e l'estensione dei rapporti giuridici patrimoniali concorrenti in una massa unica perfettamente equilibrata.

92. Taluni autori, come il GLÜCK (1), ritengono bensì necessario il requisito della buona fede e lo fanno regolato dai principî generali; escludono insistentemente la violenza, la clandestinità, la precarietà; respingono le difficoltà che contro l'esistenza del requisito di buona fede si fanno discendere dalle ll. 5, § 3, Dig. 43, 19, e in f., Dig. 39, 3: ma pretendono non esser necessario che la buona fede sia provata, neppure nel possesso *ad usucapionem servitutis*, applicando incautamente qui senz'altro i principî generali sulla presunzione delle buone intenzioni, quali risultano soprattutto dalla legislazione dei bassi tempi (L. penult., Cod. 8, 44) e da ciò che costituì il diritto comune ai limiti col diritto canonico e fino per entro di esso diritto (cap. 47, *de reg. iur. in Sexto decret.*). Perfino DONELLO (2), il DE RETES (3) e il KLÜGEL (4) si lasciarono impressionare dalle considerazioni di diritto comune e nulla trovarono di speciale nell'ipotesi dell'usucapione come modo d'acquisto delle servitù: mentre noi dimostrammo essenziale tener presente la funzione speciale della buona fede nell'usucapione delle servitù, e notare come sia diversa dalla funzione sua nell'*usucapio libertatis* e nell'usucapione della proprietà. Che più? La negazione della neces-

(1) *Commentario alle Pandette*, lib. VII, tit. I, X, § 629, II.

(2) *Comm. iur. civ.*, lib. XI, cap. 12, pag. 547.

(3) *Succ. selectio ad leg. Scriboniam* in *Thes. Meermann*, VI, 469.

(4) *Dissertatio de bona fide in praescriptione et usucapione necessaria;* Wittenberg 1781, § 14.

Digitized by Google

sità del requisito della buona fede fu considerata come un gradino di più sulla presunzione della buona fede stessa. Ebbene: questa negazione assoluta si deve a moltissimi scrittori, anche dei più recenti, tra i quali il WINDSCHEID e l'ARNDTS. Tutti i sostenitori della non-necessità della buona fede per l'usucapione delle servitù si basano molto sulla l. 1, § 10, Dig. 43, 20, che sembra però spettare ad una specialità dell'interdetto *de aqua:* taluno che non ha diritto all'acqua (così ULPIANO nei commenti edittali) ma tuttavia credette di condurla a buon diritto, se pure egli errò in fatto e non in diritto, si può servire dell'interdetto *de aqua.* All'opinione del proprio buon diritto, conclude il giureconsulto, basta si aggiunga in fatto la mancanza di violenza, di clandestinità, di precarietà: ma la sufficienza presentata dal testo è preceduta dall'inciso già per sè molto eloquente — *si tamen iure ducere se putavit* — e dalla spiegazione pur essa eloquentissima — *quum non in iure sed in facto erravit.* — Vi è dunque un errore e per conseguenza di questo errore l'opinione (scusabile perchè si tratta di errore di fatto) di aver diritto all'acquedotto: e da questo alla buona fede, ch'è affermazione coscienziosa e cosciente di una pretesa ritenuta per giuridica, non ci corre proprio nulla, poichè si tratta precisamente della stessa cosa. Se il giureconsulto dice che *sufficit* lo aver condotto l'acqua *nec vi, nec clam, nec precario,* con questo intende che non fa bisogno di titolo costitutivo e che appunto è accordata la difesa interdittale, fondata sulla necessità di tutelare un possesso che non offre importanza minore di quello ch'è necessario per l'usucapione delle servitù. In questo caso non si trova appunto nulla di particolare che possa in qualsivoglia modo presentare posizione alcuna che contrasti col requisito della buona fede; anche se non si voglia accettare che vi si faccia un accenno espresso alla buona fede stessa per via di una circonlocuzione che venga a significare nettamente un tale concetto.

Ma si trae una non lieve argomentazione dalla l. 24, Dig. 8, 6, in cui SCEVOLA espone che la servitù si ritiene coll'uso da colui *cui debetur quire in possessione eius est, quire ad visitandum dominum venit,* quando egli ne usa o se ne tiene in possesso, benchè sia possessore di mala fede. Or, si

Digitized by Google

dice, se è ammesso che una servitù si ritenga anche essendo in mala fede, dovrà anche ammettersi che si acquisti in mala fede; poichè le cose e i diritti generalmente così ritengonsi come si acquistano, essendo incivile che si possa mantenere con minor rigore di requisiti ciò che può acquistarsi solo con requisiti e nel concorso di circostanze più rigorose. Ma si notò assai acconciamente che qui si tratta della ritenzione della servitù da parte del possessore di mala fede del fondo dominante, che rimane tuttavia (per quanto è possibile) possessore di buona fede riguardo alla servitù stessa; e ciò applicando al caso anche la l. 12, *h. t.*, che fa l'ipotesi di taluno che comprò in buona fede un fondo altrui e si servì quindi dell'*iter* dovutogli per quel fondo. Di questo compratore si dice che egli ritiene lo *ius itineris* anche se possiede *precario* o *vi deiecto domino*. E la ragione è questa: che il fondo, *qualiter se habens, ita quum in suo habitu possessus est*, conserva il suo diritto di servitù prediale, senza che importi possegga o no giustamente colui che possiede il fondo tale quale esso è. Laonde (aggiunge CELSO, autore del frammento) a maggior ragione, anche se l'acqua spontaneamente scorse per il suo ruscello, si ritiene lo *ius aquae ducendae;* e ciò anche secondo l'opinione di SABINO e di NERAZIO. Ora SCEVOLA nella l. 24, *h. t.*, in sostanza, non fa che ripetere le cose stesse: per quanto possa essere imperfetto il possesso della cosa, il possesso o quasi-possesso o l'uso della servitù resta assorbito ed è sempre regolare quando ha quei requisiti, la presenza dei quali eliminerebbe ogni dubbio nell'ipotesi che il possesso del fondo dominante non offrisse alcun lato debole. È il fondo che dispone della servitù, e non già la persona del possessore; laonde la costui buona o mala fede non può venire affatto in considerazione, quando si tratta di esaminare se la servitù si ritiene regolarmente malgrado la mala fede nel possesso del fondo dominante. Così ritengono i fautori dell'esclusione del requisito della buona fede dal quasi-possesso delle servitù. Ma non è esatto nè necessario venire a questa conseguenza: basta dire che la servitù per l'acquisto e per la ritenzione è sottoposta ad un quasi-possesso speciale e che richiede requisiti propri, del tutto indipendentemente dal possesso del fondo dominante. Che

Digitized by Google

quindi i vizi del possesso del fondo dominante non hanno che fare coi vizi del quasi-possesso della servitù che a questo fondo dicesi spettare; trattandosi effettivamente di posizioni diverse e di regole separate, che non solo in teoria si determinano, ma in pratica si applicano separatamente.

Il requisito della buona fede, per quanto abbia di contatto coll'assenza dei vizi della violenza, della clandestinità e della precarietà, pur tuttavia non è la stessa cosa di questi requisiti, nè si confonde con quelli; dappoichè quei requisiti, ai quali espressamente accennano i testi (es. l. 1, § 10, Dig. 43, 20), non sono che negativi e quindi non rappresentano che l'esclusione del contenuto speciale del dolo, ma non ci dànno punto il contenuto della buona fede, che deve entrare in campo positivamente per contrastare i diritti inerenti alla piena proprietà. In essi naturalmente non può esservi tuttociò che ha attinenza coll'iniziativa di limitare legittimamente il diritto di proprietà del proprietario del fondo serviente: qualche cosa manca, ed è appunto la direzione dell'attività del proprietario del fondo dominante in contraddizione della piena proprietà del proprietario del fondo serviente. Questa intenzione positiva e attuosa non può assolutamente ammettere surrogati, appunto perchè la sua direzione è unica e precisa; perchè come dardo che scocca non può mirare fuori del suo bersaglio e lusingarsi di toccare egualmente la meta. Se quei requisiti della mancanza di violenza, di clandestinità, di precarietà, che si concentrano e si raggruppano tutti nella mancanza di dolo, bastino o no perchè il possesso debba considerarsi come valido ed efficace all'usucapione, è un quesito che genericamente può essere anche risoluto in senso affermativo; senza che perciò sia vincolata la soluzione del quesito stesso, applicato all'usucapione delle servitù. E che l'una soluzione non comprometta l'altra non è punto strano nè incongruente, tenuto conto della straordinaria eccezionalità del caso e della natura della limitazione al diritto di proprietà. Questa limitazione consiste e si traduce in un diritto o rapporto giuridico petitorio e che della piena proprietà o dominio sulla cosa oggetto della servitù ha in sè grandissima parte; che però non esclude la proprietà nè l'esercizio dei diritti del proprietario, al modo

Digitized by Google

stesso e per la stessa attività di sfruttamento in cui consiste il contenuto della servitù stessa. Per la qual cosa chiaramente apparisce che il modo di argomentare dai requisiti generali richiesti per l'usucapione in tutti i casi, disconoscendo il fenomeno speciale e degno di grande attenzione, della servitù come limitazione petitoria al diritto di proprietà sulla cosa serviente, è falso e pecca d'inesattezza proprio fondamentale. Una limitazione petitoria ad un diritto che per sua natura ed origine sembra insofferente di limitazioni non può tradursi che in forma non-esclusiva, quanto al suo esercizio: questo modo di conciliare la servitù colla proprietà conduce alla conseguenza logica e spontanea, che il quasi-possesso della servitù (considerata come diritto) non possa altrimenti conciliarsi col possesso della cosa serviente, se non richiedendo nell'uno e nell'altro un contenuto obbiettivo alquanto diverso. In caso contrario, e cioè potendo ammettersi collo stesso contenuto, verrebbero effettivamente a produrre quel cozzo che per lo appunto s'intende scongiurare.

93. Ma la buona fede basta essa all'inizio del possesso o deve continuare anche per gli stadi ulteriori posteriormente all'acquisto di esso? Basterebbe la risposta della l. 12, Cod. 7, 33, almeno di fronte al diritto giustinianeo, ed anche nel diritto classico si può sorprendere la massima che *mala fides superveniens non nocet.* Senonchè, tenendo presente che per la prescrizione acquisitiva della servitù non occorre il giusto titolo, si domanda appunto se in questa ipotesi, appunto in surrogazione del titolo, sia necessario che la buona fede persista per tutto il decorso del tempo necessario a prescrivere. Il De Retes (1) parte dal punto di vista che il proprietario del fondo dominante, quando non esercita la servitù *nec vi, nec clam, nec precario* sul fondo serviente, e finchè il proprietario non si oppone a questo suo esercizio, debba ritenere di essere in grado *ut id tamquam suo iure faceret;* e perciò ammette che a lui diasi l'interdetto *de itinere actuque,* se si tratti di *iter* e di *actus* (L. 7, Dig. 43, 19). Se egli dunque

(1) *Succisiva selectio ad legem Scriboniam,* § 17, in *Thesaurus Meermann,* VI, 469.

Digitized by Google

ritiene *facere id suo iure*, ciò significa che possiede *pro suo*. Ed allora, applicando la l. 4, Dig. 41, 10 (*neque enim et pro suo et clam possidere potest*), si dovrebbe concludere che la mala fede sopravvegnente conduca in perdizione la buona fede o la buona causa dell'acquisto. Ma questo ragionamento ha due difetti. Primo, che la causa o il titolo del possesso *pro suo* non è un titolo o causa speciale e caratteristica del possesso, bensì una qualifica che si dà a tutti i titoli in virtù dei quali il possessore creda di essere diventato proprietario della cosa posseduta; quando alla configurazione di questo modo di possedere manchi una denominazione speciale.

Or qui tutt'altro si deve avere fuorchè l'opinione di essere divenuto proprietario della cosa serviente: anzi una tale opinione basterebbe a convertire l'usucapione della servitù in usucapione del dominio, mentre appunto il proprietario del fondo dominante deve avere la credenza di esercitare un diritto frazionario della proprietà e non esclusivo della proprietà stessa e dell'esercizio di essa, estensivamente a quella stessa attività o termine di sfruttamento, su cui la servitù medesima cade. La piena scienza e coscienza della contemporaneità dell'esercizio del diritto di servitù con quello di proprietà, la piena intenzione di non iscuotere dalle sue basi il dominio nella sua qualità di diritto ottimo massimo sulla cosa serviente, il desiderio e lo studio di restringere la somma dei proprî poteri in atto a quel tanto di esercizio sulla cosa che non pregiudichi illimitatamente i diritti e le facoltà del proprietario: tuttociò fa sì che debbasi considerare come improbabile che il titolare d'una servitù usucapisca *pro suo* la proprietà del fondo serviente o anche soltanto qualche altra cosa di diverso dal contenuto della stessa servitù. Egli usucapisce non *pro suo*, ma *pro servitute* o *pro dominio servitutis*, perchè per tal fine egli possiede: nè serve il dire che l'usucapione *pro suo* s'intende qualora manchi altro titolo del possesso, senz'altro; essendo ben naturale che, quantunque non si faccia questione della causa del possesso, tuttavia almeno si debba ritenere *dominium vobis acquiri* (L. 1, Dig. 41, 10). Nel qual modo si può possedere tuttociò che *mari, terra, coelo capimus* o che *fluminum alluvione* diventa nostro, quali i parti degli animali ed i frutti civili o legali delle cose

Digitized by Google

(L. 2, Dig. *eod.*): ma, s'intende sempre, con intendimento di divenir proprietario di quei beni anche per consumarli se sono destinati alla consumazione, e non per esercitare su di essi un diritto frazionario della proprietà. Il secondo argomento in contrario è che il frammento non può attagliarsi con precisione alla ipotesi nostra: perciocchè si preoccupa non della cessazione dell'iniziativa attuosa dovuta alla *fides bona* per la conclusione iniziale del negozio giuridico, ma della mala fede sopravvegnente, prescindendo completamente dall'ipotesi che cessi o persista l'iniziativa attuosa diretta all'acquisto della servitù per mezzo dell'usucapione del possesso di essa.

Il WALCH (1) si pone fuor di strada e dell'ipotesi speciale costituente il contenuto delle servitù e dell'interpretazione stessa delle regole pertinenti alla *possessio pro suo*. Egli ammette una *possessio pro suo* nella prescrizione acquisitiva delle servitù: però aggiunge che la buona fede sia sufficiente al principio del possesso. Che se il proprietario del fondo serviente abbia divietato l'ulteriore esercizio della servitù, dichiarando espressamente all'esercente il diritto di servitù, che il silenzio fino allora serbato in proposito non debba interpretarsi nel senso di ammissione del diritto di servitù, secondo il WALCH tuttavia siamo nei termini dell'usucapione della servitù. Se il possessore non tiene alcun conto di questa opposizione e continua ad esercitare la servitù, secondo il detto autore, ha la possibilità di usucapire, per la ragione che la prescrizione non s'interrompe se non grazie alla perdita del possesso. Inutile il dire che quest'interpretazione è completamente arbitraria, perciocchè si sa con certezza che il possesso, per costituire un elemento giuridico atto a produrre determinati effetti, deve accoppiare all'elemento di fatto anche l'elemento intenzionale. E l'elemento intenzionale non può essere senz'altro quello di pervenire ad ogni costo al godimento della servitù e al relativo sfruttamento del fondo serviente: questo sarebbe un elemento troppo fiacco e indeterminato e che potrebbe adattarsi a qualsivoglia modo d'acquisto della servitù e non soltanto al modo d'acquisto

(1) *Dissertatio de praescriptione servitutum constitutiva*, § 18.

Digitized by Google

in forza di usucapione, nè può rappresentare quell'elemento intenzionale ch'è speciale e caratteristico per l'acquisto delle servitù a mezzo d'usucapione. Dunque, prima di tutto l'intenzione generica di acquistare l'esercizio d'una servitù; senza di che non si potrebbe comprendere o determinare comunque l'intenzione di chi invade in un modo qualsiasi la sfera dell'altrui dominio. Dopo ciò ogni modo speciale di acquisto delle servitù vuol presentare la sua intenzione specifica che comprende anche la generica, ma che presenta inoltre una direzione speciale: e, siccome qui la servitù si acquista per mezzo di usucapione e l'usucapione muove dal possesso e si estrinseca col possesso stesso, è naturale che l'intenzione specifica dell'acquirente della servitù debba amalgamarsi colla buona fede nel possesso o anzi quasi-possesso del diritto in cui si esplica il contenuto della servitù medesima. Altrimenti, che cosa sarebbe l'*animus* che caratterizza il possesso o il quasi-possesso della semplice detenzione?

Il possesso non è mezzo al proprio diritto, ma è sempre strumento di un diritto maggiore: si possiede a titolo di proprietà, come effetto di una compra, di un'eredità, di una donazione, dell'occupazione di una cosa abbandonata, di legato, di dote; ma si può inoltre possedere anche ad altri titoli derivanti da causa contrattuale, come p. es., da mutuo. Or nel possesso di ciò che è stato dato a mutuo noi troviamo due intenzioni che si compenetrano: una generica di avere per sè la cosa, e l'altra, più specifica, di averla non a titolo di proprietà, ma a titolo di mutuo, vale a dire per una costruzione giuridica diversa da quella che occorre trattandosi di proprietà. Qui pure si ha un'intenzione specifica che completa la generica nel quasi-possesso della servitù: vale a dire l'intenzione di avere la servitù come diritto sulla cosa altrui, compatibile coll'esercizio del diritto di proprietà. Questo è l'elemento intenzionale specifico del possesso, qui; e l'elemento intenzionale della buona fede non fa che aggiungere l'intendimento di tenersi nei limiti del diritto e della propria sfera di attività giuridica. Il possessore ha la coscienza di esercitare un diritto di servitù legittimamente, cioè in buona fede; quando manca in lui questa coscienza, a meno che non cambi il titolo o la causa del proprio possesso secondo

Digitized by Google

le forme indicate dalla legge, egli deve senz'altro cessare di possedere, non potendosi in lui concepire un possesso come corpo morto, senza l'anima d'una intenzione *specifica*, e quindi anche senza buona fede, se non si vuole ch'egli possa godere i benefici d'un possesso illegittimo. Ma non può assolutamente immaginarsi che un possesso illegittimo sia possesso *ad usucapionem:* e d'altra parte sembra inutile la prefissione d'un termine che debba decorrere perchè la prescrizione si maturi, se prima della maturazione di questo termine non fosse possibile a colui che ha interesse opposto a quello dell'usucapiente di mettere in mora l'usucapiente stesso, diffidarlo, indurlo in tal posizione con atti e procedimenti a ciò idonei, da fargli rinunziare a quella maschera d'indifferenza e di buona fede, ond'ebbe finora ricoperte e velate le sue azioni. Ammettere questo equivarrebbe a produrre uno sconvolgimento generale in tutto quanto l'ambiente giuridico: basterebbe un buon principio per cuoprire e rendere insignificante un lungo periodo di mala fede, colla coscienza predominante e persistente di continuo di esercitare non un diritto di proprietà, ma un diritto frazionario della proprietà, eccezionale, limitativo della proprietà stessa. La eccezionalità del diritto che si esplica sulla proprietà altrui o della pretesa che si traduce in atto o in esercizio sulla proprietà del *dominus iure optimo maximo* non avrebbe dunque alcun peso, non darebbe luogo ad alcuna considerazione caratteristica e decisiva in materia di servitù, dove è specialmente necessario invocare l'impero della *bona fides* (1).

---

(1) Evidentemente, in questo luogo il ragionamento è diretto in via speciale sull'usucapione delle servitù e non attacca la questione generale del possesso *ad usucapionem.*

Digitized by Google

CAPO III.

Applicabilità o meno alle varie specie di servitù.

94. Diritto romano e servitù di acquedotto in ispecie. — 95. Applicabilità alle servitù continue e alle discontinue. — 96. Eliminazione della contraddizione apparente tra l'art. 630 e il 2137 Codice civile.

94. In diritto romano la prescrizione applicavasi alle vie vicinali, alle opere difensive contro l'acqua piovana, agli acquedotti. La l. 3 pr., Dig. 43, 7, porta un frammento dei libri sabiniani di ULPIANO, in cui questo giureconsulto dichiara che le vie vicinali (*quae ex agris privatorum collatis factae sunt*) delle quali *non extat memoria*, sono da porsi nel novero delle vie pubbliche. Lo stesso ULPIANO nella l. 1, § 23, Dig. 39, 3, e PAOLO nella l. 2 pr., *eod.* (entrambi dunque ne' commenti edittali) affermano la forza della *vetustas* in luogo della legge: e questi frammenti riguardano opere difensive contro le acque piovane. Circa poi all'acquedotto, la l. 3, § 4, Dig. 43, 20, e la l. 26, Dig. 39, 3, parlano di *ductus aquae cuius origo memoriam excessit* e di *vetustas:* ma in ordine ad esso, si presentò la difficoltà della concordanza tra la sufficienza del possesso di dieci o venti anni per l'acquisto della servitù di acquedotto e la necessità di un tempo immemorabile alla quale si accenna invece da POMPONIO e da SCEVOLA. Questa contraddizione non isfuggì neppure alla Glossa, la quale al vers. *quaesisti* della l. 2, Cod. 3, 34, propone due spiegazioni, ciascuna delle quali ebbe un seguito abbastanza largo nella dottrina e nella giurisprudenza. Una delle due spiegazioni proposte dalla Glossa consiste nel riferire quei frammenti ad un' *aqua ex flumine publico vel fiscali*, mentre nella detta costituzione si parlerebbe di *aqua ex flumine privato:* l'altra spiegazione vorrebbe riferire questa costituzione ad una servitù continua *quae perpetuam habet causam* e quei frammenti ad una servitù discontinua. Modernamente, fu proposta un' altra spiegazione dal BRINZ (1), dall'HESSE (2), dal GOLD-

(1) *Pandekten*, § 165.
(2) *Rechtsverhältnisse zwischen Nachbarn*, p. 208.

Digitized by Google

SCHMIDT (1) e da altri: che cioè il *ductus aquae* dei frammenti di POMPONIO e di SCEVOLA si riferisca soltanto agli acquedotti pubblici, mentre nel Codice giustinianeo si tratterebbe di acquedotti privati. A questa opinione corrisponderebbe una generalizzazione del SAVIGNY (2), estensiva della prescrizione immemorabile ai diritti pubblici, ma ai soli diritti pubblici; mentre la prescrizione a tempo determinato verrebbe ad applicarsi ai diritti essenzialmente privati. La *communis opinio* sarebbe che si debba distinguere tra servitù continua e servitù discontinua; la quale opinione ci offre come il punto d'attacco e di passaggio per giungere alla discussione su cui questo capitolo è destinato a diffondersi principalmente.

Ma altre opinioni si sono formate ancora, oltre e all'infuori delle predette, su questo punto importantissimo di diritto. Il CUIACIO al *longum tempus* conferisce soltanto un' azione utile e al tempo immemorabile un'azione diretta; il DONELLO ammette il *longum tempus* quando l'origine del possesso non fosse stata viziosa (*nec vi, nec clam, nec precario*) e il tempo immemorabile nell'ipotesi di un' origine viziosa. Il VAN DER WATER pone la differenza nel fatto che esista o no un titolo d'acquisto, e l'ELEN nel fatto che esista o no buona fede, mentre il PARLADORO ammette il tempo immemorabile come regola e il *longum tempus* come eccezione, e il COCCEIO pone come regola l'immemorabile e la fa coesistere col *longum tempus*. L'UNTERHOLZNER poi fa consistere il *ductus aquae* nei fossi di scolo dell'acqua piovana e riferisce i passi di POMPONIO e di SCEVOLA all'*actio aquae pluviae* anzichè alla condotta delle acque; il RUGGIERI poi applica i frammenti citati del Digesto non alla deduzione da castello pubblico, ma all'acquedotto su acqua privata, per fornire un mezzo di rifugio in mancanza di ogni altra difesa legale ed anche quindi della prescrizione ordinaria, nell'incertezza assoluta circa la regolarità o il vizio all'origine del quasi-possesso della servitù di cui si tratta.

Tutte le difficoltà dell'interpretazione sono dunque in materia di acquedotto: poichè, trattandosi di vie vicinali e

(1) *Pandekten*, § 81.
(2) *Sistema*, vol. IV, §§ 195-200.

Digitized by Google

di acqua piovana, le cose procedono colla massima semplicità; e per l'acquedotto stesso è questione di decidersi tra la prescrizione immemorabile e il *longum tempus*, ma non si può escludere che in qualsivoglia modo il decorso del tempo conduca anche per l'acquedotto all'acquisto della servitù. Sull'antichità del riconoscimento della prescrizione, a tempo immemorabile o determinato, come mezzo adatto per acquistare una servitù, non si può tuttavia presentare alcun dato che dimostri ciò con una certa precisione. Ma tuttavia l'opinione del SAVIGNY, che cioè la prescrizione immemoriale sia destinata soprattutto a proteggere i rapporti di diritto pubblico, dove surroghi perfettamente l'usucapione che si verifica solo nei rapporti di diritto privato, e che quindi si applichi soltanto alle servitù di pubblico interesse, è un'opinione la quale merita di essere discussa seriamente, sia per gli argomenti gravi e molteplici che l'autore vi applicò, sia per la sua importanza obbiettiva su tutta quanta la materia. È appunto il SAVIGNY che richiama la nostra attenzione sui tre istituti giuridici, delle vie vicinali, delle opere difensive contro l'acqua piovana e dell'acquedotto: egli su ciascuno di questi istituti svolge argomentazioni accuratissime. Quanto alle vie vicinali, premesso che le vie si distinguono in *publicae*, *privatae* e *vicinales*, osserva che queste ultime, se poste in suolo publico sono *publicae* e se poste per suolo privato sono *privatae*. Ma, egli aggiunge, anche le vie vicinali costruite originariamente su terreni privati sono *publicae*, quando da tempo immemorabile esistano; ciò risulterebbe dalla l. 8, Dig. 43, 7, dove ULPIANO, ne' suoi commenti sabiniani, parla di vie vicinali *quae ex agris privatorum collatis factae sunt*, per dire che, se di queste *memoria non extat*, esse devono ritenersi nel novero delle vie pubbliche (*publicarum viarum numero*). Lo stesso ULPIANO, ma nei commenti edittali (L. 2, § 22, Dig. 43, 8), afferma che le vie vicinali, *quae sunt in vicis* o *in vicos ducunt*, non possono chiamarsi pubbliche se non quando *non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est:* altrimenti, dice il giureconsulto, debbono essere riparate a spese dei privati. Accanto poi a queste vie vicinali, il giureconsulto pone le vie private o agrarie, le quali a loro volta possono essere gravate della

Digitized by Google

servitù di transito per il fondo altrui: avvertendo che anche tra queste vie private ve n'erano di quelle per le quali era a tutti lecito di passare e che ordinariamente dalla via consolare immettevano alle ville o alle colonie. Queste ultime il giureconsulto non aveva difficoltà di ritenere pubbliche anch'esse (L. 2, § 23, Dig. 43, 8).

Ma qual era dunque il criterio che ULPIANO credeva di poter determinare per distinguere le vie private dalle pubbliche, trattandosi di vedere se l'uso di una determinata via in un senso o nell'altro fosse abusivo e trattandosi di decidere a chi dovesse attribuirsi la competenza nelle spese di manutenzione? Perchè ognuno intende come un semplice uso e l'assunzione delle spese di manutenzione ad un dato momento non debbano bastare per trasformare una strada di privata in pubblica o viceversa. Quindi ULPIANO nei suoi commenti sabiniani completa quanto aveva dichiarato nei commenti edittali spiegando che l'uso (e nell'uso è compresa anche la manutenzione) deve perciò risalire a tempo immemorabile.

Il SAVIGNY in questa possibilità che una via originariamente tutt'affatto privata si convertisse in seguito in via pubblica ha creduto di scorgere qualche accenno alla possibilità che dall'usucapione sorgesse una servitù pubblica o di diritto pubblico. Ma è facile vedere che nei tit. del Dig. *de locis et itineribus publicis* (43, 7) e *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (43, 8) non s'intende già parlare di servitù di *via* o di *iter*, ma bensì di proprietà della *via* o dell'*iter*, di destinazione principale di un determinato terreno appunto in qualità di *via* o di *iter*, di sistemazione generale delle comunicazioni in armonia tra la proprietà privata e lo spazio di dominio pubblico. La via che spetta al pubblico non è già formata grazie a qualche servitù su territorio privato: insomma la sua costruzione giuridica non ha che fare colla costruzione d'una servitù, e sarebbe errore il voler trarre norma da ciò che accade nella sistemazione stradale considerata in rapporto cogli spazi pubblici e colle proprietà private per mezzo di servitù che alle popolazioni spettino sui luoghi privati, per volere soltanto in base al sistema della viabilità pubblica con servitù stabilite su proprietà dei privati trarre argomento

Digitized by Google

per una sistemazione generale della viabilità. Dappoichè appunto la sistemazione della viabilità pubblica e privata a mezzo di servitù su territori o strade già costruite dai privati non è che una parte soltanto della sistemazione generale di tutta quanta la viabilità, e neppure anzi la più importante; la maggior parte delle strade pubbliche e le più importanti tra di esse essendo appositamente costruite dal pubblico potere su territori di pertinenza pubblica per ragion di dominio pubblico. Anzi questi stessi diritti spettanti al pubblico di transitare attraverso la proprietà privata, approfittando generalmente di una strada già tracciata dal privato stesso e qualche volta anche praticandovene una senza espropriare e appropriarsi il relativo spazio, per quanto abitualmente da taluni si chiamino diritti di servitù pubblica, veri diritti di servitù non sono, prediale almeno: non trovandoci noi in presenza di alcun fondo che possa mettersi in rapporto di servitù col fondo attraverso al quale passa la strada sulla quale il pubblico esercita il proprio transito. Poichè dunque il rapporto di proprietà esclude il rapporto di servitù, sembra che qui sia fuor di luogo argomentare per l'usucapione e per questa invocare degli argomenti di diritto pubblico del tutto estranei. Ma non è neppur detto, come taluno vorrebbe ritenere, che il SAVIGNY in questo suo luogo abbia voluto riferirsi alla *servitus itineris.*

Quanto alle opere difensive contro l'acqua piovana, il divieto alla modificazione arbitraria dello scolo dell'acqua piovana, così come attualmente è sistemato in via normale tra due o più fondi, risulta dalla naturale condizione del terreno (L. 1, §§ 1, 13, 23; l. 2 pr., Dig. 39, 3), dalla *lex colonica* (L. 1, § 23; l. 2 pr., e §§ 3 e 7; l. 23 pr., Dig. 39, 3), dalla *vetustas quae pro lege habetur* (L. 2 pr. e § 1; l. 2, § 3 e § 7; l. 23, § 2, Dig. 39, 3). Ciò si dice con grande chiarezza nella l. 2 pr., Dig. 39, 3, in cui sono contemporaneamente addotte queste tre cause per le quali può affermarsi che il fondo inferiore serve al fondo superiore. La *natura loci,* secondo il SAVIGNY, dovrebbe soltanto influire nella considerazione dello stato normale delle cose e dei territori, quando gli altri criteri non si prestassero per fornire elementi sufficienti alla determinazione di un tale stato: la

Digitized by Google

qual cosa è naturale, benchè non determinata dai testi, come effetto della procedura stessa che per ragioni di economia generale e speciale accentua il suo percorso dal più al meno facile, dal meno al più difficile. Che qui si tratti o si possa trattare di vera servitù non è dubbio; il proprietario del fondo che dovrebbe ricevere le acque tali quali defluiscono naturalmente dal fondo superiore costruisce delle opere per rendere a sè meno gravoso questo deflusso oppure per render più gravoso ad altrui il deflusso stesso: *si forte immittendo aquam aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit* (L. 1, § 1, Dig. 39, 3); ... *si opere facto aqua aut in superiorem partem repellitur aut in inferiorem derivatur* (L. 1, § 10, loc. cit.); ... *hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam quae natura fluat opere facto inhibeat per suum agrum decurrere, et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet* (L. 1, § 13, loc. cit.). Si tratta di alterare in un modo o nell'altro, da parte del fondo dominante o del fondo serviente, lo stato attuale dei rapporti di vicinanza riguardo alle acque e al loro deflusso; e di far ciò per lo appunto in contrasto colla naturale situazione dei luoghi e col naturale deflusso delle acque stesse. Or qui la *vetustas* compie una funzione di mera opportunità, *minuendarum scilicet litium causa* (L. 2 pr., Dig. 39, 3): e che cosa essa sia risulta dalla l. 2, §§ 1, 3, 7, Dig. 39, 3, e dalla l. 23, § 2, Dig. *eod.*, nelle quali si accenna alla mancanza d'ogni memoria dell'inizio, all'oltrepassarsi di ogni memoria. In altri termini memorie ve ne possono essere relativamente alla durata di una tale alterazione della sistemazione normale delle acque, ma le memorie stesse non sono mai così remote, che non ve ne possano essere delle altre più antiche, le quali per lo appunto non vi sono: o ancora, con espressione anche più concisa, memorie vi sono, ma nessuna memoria risale all'inizio delle opere per le quali si ritiene costituita e praticamente attuata la servitù di deflusso artificiale delle acque grazie alle opere difensive fatte nel suolo dominante o nel serviente. In tale ipotesi, appunto per evitare contestazioni e ricerche senza fine, si dà importanza decisiva alla *vetustas*, quale non le si darebbe se contraddi-

Digitized by Google

cesse apertamente ad una *lex*, e le si dà importanza anche contro le strette risultanze della *natura loci*.

Resta la materia degli acquedotti. Il SAVIGNY richiama la l. 26, Dig. 39, 3, e la l. 3, § 4, Dig. 43, 20, nelle quali si ha una chiara applicazione della *vetustas* alla materia che trattiamo. Ma qui appunto viene in campo la questione se la *vetustas* richiami un'*usucapio* di tutte quante le servitù prediali o di talune soltanto tra di esse; e se e quali rapporti la *vetustas*, l'*usucapio* e la *longi temporis praescriptio* avevano o potevano avere tra di loro. Il *longum tempus* è di dieci anni tra presenti e di venti tra assenti, secondo le costituzioni imperiali (LL. 1, 11 e 12, Cod. 7, 33) alle quali si richiama un testo di PAOLO (L. 76, § 1, Dig. 18, 1); l'*usucapio* e la *vetustas* poi avrebbero questo rapporto tra di loro, che la prima potrebbe riferirsi a un periodo di tempo così di trenta anni come di un anno, mentre la seconda ordinariamente non ha attinenza se non al tempo immemorabile. Il frammento di SCEVOLA e quello di POMPONIO, come sopra richiamati dal SAVIGNY per dimostrare l'applicabilità della *vetustas* all'acquedotto, accennano l'uno all'*actio aquae pluviae arcendae* e l'altro all'*interdictum de aqua*, parlando entrambi di acquedotti *quibus auctoritatem vetustas daret tametsi ius non probaretur*, ovvero di acquedotto *cuius origo memoriam excessit* e che *iure constituti loco habetur*. Ma e le opere difensive contro l'acqua piovana e l'acquedotto sono fatti che concernono in un modo qualsiasi l'interesse pubblico o l'ordine pubblico o la sistemazione naturale dei territori e dei versanti di displuvio? Non pare che queste opere interessino la sistemazione universale delle acque nulla più di quanto una tale sistemazione possa essere interessata da un qualsivoglia regolamento delle acque in genere. Vale a dire che l'interesse pubblico vi è a che le acque abbiano nel territorio una sistemazione permanente e definitiva armonicamente con tutta quanta la sistemazione territoriale, per l'inscindibilità che contraddistingue nelle sue varie parti il sistema oro-idrografico terrestre: ma è indifferente che, restando nel complesso rispettate le leggi fisiche fondamentali, si possa di tanto in quando autorizzarne qualche deroga nell'interesse privato. Ma allora appunto le deroghe, al più,

Digitized by Google

ɔotrebbero aver questo a che fare coll'interesse pubblico, che 'i sarebbero contrarie, ma non mai favorevoli; molto meno ɔoi dovrebbero ritenersene formar parte come se anch'esse ovessero obbedire a leggi di pubblico diritto o cercare in uesto la giustificazione loro. Se si dovesse tener fermo che ; modificazioni al naturale deflusso delle acque e gli acque-ɔtti costruiti dai privati dovessero far parte di un sistema ɔmplesso di regole del diritto pubblico, in tal caso conver-ɛbbe pur fondare un ordinamento di pubblico diritto, con ɔrme tutte proprie e determinate; mentre è certo che per gola generale il regolamento delle acque nei fondi, in deroga flusso naturale delle acque, è riservato ai privati quali terpreti del loro rispettivo interesse e senza che l'opera 'o possa essere limitata e comunque circoscritta, se non ando cozzi in forma troppo stridente e pericolosa coi motivi pubblico interesse, costituendo un grave pericolo anche r gli altri proprietari compresi nella zona più vasta, e ealmente considerando) in tutto il versante al quale appar-ıgono i fondi in oggetto.

95. La questione s'ingrossa e si determina meglio, trat-dosi della distinzione tra servitù continue e servitù dis-tinue: poichè si domanda con giusta instanza se le ser-ı discontinue siano prescrittibili, ed anche se siano scrittibili le non apparenti. Limitandoci per ora alla inzione tra servitù continue e servitù discontinue, anzi-o è d'uopo mettere in chiara luce le difficoltà che si ɔngono perchè una servitù discontinua possa essere con-rata come prescrittibile. Una servitù discontinua, certa-ıte, non apparisce se non a quelli tra i vicini i quali ono fare da sè una sorveglianza più oculata, oppure ıe a persone lontane, le quali possano disporre di una eglianza oculata e paziente, appunto per discoprire se ɔssesso del fondo sia libero oppure sia limitato da qualche itù. Ma l'usucapione ha forse bisogno di tanta pubblicità, vicini e lontani abbiano continuamente sotto agli occhi rcizio della facoltà che ne costituisce il contenuto? Prima tto la maggiore o minore pubblicità ha maggiore, anzi può unica, importanza nei rapporti tra il proprietario del

Digitized by Google

fondo dominante e il proprietario del fondo serviente; anzichè tra quest'ultimo e i terzi costituenti il pubblico curioso e inframmettente: le garanzie di pubblicità di fronte ai terzi la legge sa bene come e quando prescriverle.

Quello che si vuole, per la sufficienza dei requisiti quasi-possessori richiesti per l'acquisto d'una servitù, è che il possesso riunisca gli estremi — *nec vi, nec clam, nec precario* —, in quanto (è inteso) il *clam* rappresenta gli effetti di un disegno doloso del pretendente al possesso e non già perchè possa in qualche modo risultare dalla specie dell'esercizio, secondo la natura del diritto al quale l'esercizio stesso si riferisce. Pare dunque che se il possesso delle servitù discontinue è ammesso, non sia già il carattere discontinuo di queste servitù stesse la causa della presumibile mancanza di buona fede in chi le esercita, ma questa mancanza di buona fede debba risultare da atti o fatti di specie diversa, che possano entrare nella categoria dei negozi giuridici, vale a dire nell'ordine dei fatti volontari, ai quali si accorda disposizione a produrre conseguenze giuridiche. Il proprietario del fondo serviente, del resto, dati i mezzi d'ispezione e dato il suo contatto continuo col proprio fondo, certamente non può non avvedersi dell'esercizio della servitù che su di esso grava: la qual cosa non ha che fare col vero e proprio requisito della pubblicità *universale* (*ut omnibus nota res sit*), della quale non dobbiamo pertanto preoccuparci soverchiamente. Pur tuttavia all'art. 630 del nostro Codice civile noi leggiamo una disposizione chiarissima: le servitù discontinue, come le continue non apparenti, non sono prescrittibili. La ragione di questa risoluzione è abbastanza chiara. Trattandosi di servitù discontinue, riguardo alle quali la discontinuità è indeterminata e non si fissa un periodo minimo tra l'esercizio di uno od altro atto della servitù, evidentemente, se la prescrizione acquisitiva fosse ammessa, basterebbe che si ponessero in essere due soli atti d'esercizio, alla distanza di trent'anni meno un giorno l'uno dall'altro atto. Ora una tale distanza di tempo, evidentemente, oltrepassa i limiti dell'umanamente ragionevole, perchè possa darsi carico alla parte che sopporta l'esercizio della servitù di non aver voluto o saputo interrompere gli atti di servitù attiva posti

Digitized by Google

in essere dall'altra parte. In altri termini l'aggiunta di un sol giorno segnerebbe effettivamente il passaggio dal punto d'indifferenza di questi atti alla loro prescrizione o completa legittimazione nel senso acquisitivo della servitù. Un giorno per decidere di un diritto così importante, per verità, sarebbe ben poco; anzi potrebbe sembrare quasi un'ironia. Dunque i terzi non ci entrano: si tratta solo del proprietario del fondo serviente, il quale tollera che il proprietario del fondo vicino estrinsechi atti d'uso o di godimento di una servitù prediale qualsiasi sul fondo da esso proprietario del fondo serviente posseduto. E allora la condizione di quest'ultimo sarebbe oltremodo penosa: la sua attenzione dovrebbe essere tutti i giorni rivolta ad una ricerca e ad un'osservazione minuta che oltrepasserebbe i limiti di ogni umana diligenza. Non è già che il proprietario del fondo dominante possa accusarsi di usare a bella posta siffattamente e con tali intervalli del suo diritto, da eludere la vigilanza del proprietario del fondo serviente con un precostituito disegno doloso; perchè questa possibilità di esercizio a lunghissimi intervalli rientra nella natura della servitù di cui si tratta e *qui iure suo utitur neminem ledit.* È dunque la natura stessa delle cose quella che si oppone all'ammissione della prescrizione per queste servitù. Senonchè la disposizione netta e limpida dell'art. 630 Cod. civile è apparsa in contraddizione alla disposizione del successivo art. 631 e dell'art. 2137. L'art. 631, alinea, ci fornisce una regola per il computo della durata, anzi del cominciamento del possesso utile per la prescrizione nelle servitù negative; designandone la decorrenza dal giorno della proibizione formale del proprietario del fondo dominante. Ciò dunque significherebbe che per le servitù negative è ammissibile la prescrizione: e, siccome le servitù non apparenti sono tutte negative (appunto perchè il concetto positivo dell'apparenza è preceduto dalla particella negativa) ed anche le servitù discontinue e considerate nel periodo della discontinuità, sono negative (il concetto della continuità essendo preceduto anche qui da una particella negativa); così il contenuto delle servitù per le quali l'art. 630 esclude la prescrizione le condurrebbe senz'altro nella categoria delle servitù negative alle quali l'art. 631 si riferisce. Questa con-

Digitized by Google

traddizione, che non si riscontra nel Cod. Napoleone dove non vi era articolo corrispondente al nostro 631 e dove all'art. 630 corrispondeva l'art. 691, non mancò di essere rilevata, per le servitù non apparenti con chiarezza e per le servitù discontinue *a furia di argomentazioni* (1): e noi, anche con la massima calma, dobbiamo riconoscere che per le servitù discontinue si può evitare la contraddizione, ma non così per le servitù non apparenti. Le servitù discontinue infatti, come tutte le servitù, non debbono essere guardate nei momenti di non-esercizio, ma bensì nei momenti e negli atti d'esercizio. L'intervallo tra un atto ed un altro di esercizio è un intervallo nel quale non si può ricercare il contenuto della servitù che non si esercita; mentre nelle servitù non apparenti il contenuto della servitù, che consiste nella negazione di certi determinati atti *iure proprietatis*, si affaccia continuamente, in ogni istante nel quale funziona la prescrizione acquisitiva. Questo è il punto vero di vista: dappoichè non è una semplice particella, considerata grammaticalmente, quella che può determinare la natura giuridica di un determinato istituto, ma è il contenuto dell'esercizio del diritto e la sua estrinsecazione obbiettiva nel tempo e nello spazio. Quando dunque l'art. 631 Cod. civile venne a parlare di prescrizione delle servitù negative, volle riferirsi, se non alle continue, certamente alle apparenti, le quali possono originare da uno stato di fatto mantenuto per trentennale osservanza: nel senso che, se la servitù apparisce agli occhi del proprietario serviente, questi fa male a non opporvisi interrompendo il vigore dell'osservanza stessa e la potenzialità in essa di produrre effetti acquisitivi della servitù. Ma le servitù apparenti non possono essere negative: perchè, se esse apparissero, quest'apparenza deriverebbe appunto da qualche atto o fatto affermativo, rivelatore dell'apparenza stessa. E qui sta appunto l'incongruenza dell'art. 631 e la sua vera contraddizione coll'articolo precedente: per cui deve dirsi che esso art. 631 è uno di quelli che possono chiamarsi aborti del nostro Codice civile, dappoichè, come

(1) Così esprimesi il Coviello, *Della usucapione delle servitù prediali*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. x, 1890.

Digitized by Google

bene osserva lo stesso PACIFICI-MAZZONI in confutazione di un'opinione del PESCATORE (1), la formale proibizione non può cambiare da imprescrittibile in prescrittibile una servitù negativa, ma solo serve come segno o, piuttosto, indizio dell'esistenza stessa del contenuto della servitù negativa, la quale altrimenti non si saprebbe a quale epoca far risalire, in mancanza di un titolo costitutivo. Anzi, senza una tale contraddizione non potrebbe neppure concepirsi l'esistenza d'una servitù negativa: la servitù negativa essendo essa stessa null'altro fuorchè la conseguenza della negazione di un esercizio *iure proprietatis* fatta dal proprietario del fondo dominante e rivolta contro il proprietario del fondo serviente. Chi, teoricamente, s'induce ad ammettere la prescrittibilità delle servitù discontinue e non apparenti, in sostanza viene a negare che possa esservi vera servitù discontinua e vera servitù apparente: in caso diverso non sarebbe neppure possibile giungere a questo, attraverso all'indole speciale e al modo di comportarsi dei caratteri della discontinuità e dell'apparenza.

Noi vogliamo anche ammettere che, in teoria e *de lege condenda*, si possa discutere sull'opportunità di estendere al quasi-possesso delle servitù quanto ordinariamente si rende applicabile al possesso della cosa sulla quale la servitù si esplica; ma evidentemente questa possibilità deve intendersi limitata alla natura e al carattere oggettivo dell'istituto della prescrizione, rapportato alle condizioni di fatto degli atti che costituiscono quelle facoltà della cui prescrizione si tratta. Vogliamo anche ammettere che in taluni casi la discontinuità e la non apparenza delle servitù non tolgano nulla alla finalità della prescrizione e alla ragione per la quale con essa si mira, da un canto alla stabilità dei possessi e dall'altro a colpire in certo modo la neghittosità del proprietario che non accudisce sufficientemente ai suoi interessi: ma la stabilità dei possessi non risulta per certo da una servitù non continua e non apparente, nè la neghittosità risulta dal fatto del non trovarsi alle vedette in ogni istante il proprietario di un fondo in tutte le porzioni del

(1) Nel *Giornale delle leggi*, IX, 410.

Digitized by Google

suo fondo e specialmente al confine; perciocchè altrimenti troppo dura sarebbe la condizione fatta al proprietario di fondi, e tanto dura che non vi sarebbe proprietario fondiario il quale, per lo meglio, non cercasse di disfarsi della sua proprietà fondiaria.

96. Ma vi ha certamente contraddizione anche tra l'articolo 630 e l'art. 2137 Cod. civ., che ammette la prescrizione decennale per l'acquisto in buona fede d'immobili o diritti reali in forza di un titolo claudicante? Tra questi due articoli non esiste vera e propria incompatibilità; perchè ben può l'art. 2137 limitarsi alle sole servitù continue ed apparenti, escludendo dal benefizio dell'applicazione di esso le discontinue e le non apparenti; quantunque sarebbe stato desiderabile che nel detto art. 2137 si fosse compresa una riserva espressa per le categorie di servitù escluse. Certamente, se l'art. 2137 si vuole estendere, così materialmente inteso, a tutte le specie dei diritti reali indistintamente (compresevi le servitù di ogni specie e natura), esso trova ostacolo nell'art. 630; a parte anche il riflesso che, riferendosi l'art. 2137 più che alla prescrizione vera al risanamento e alla convalescenza di un titolo, claudicante bensì, ma assorbente il rapporto giuridico anche di fronte alla lunga osservanza, si potrebbe da questo punto di vista escludere il contrasto tra i due articoli e conciliarli, per lo meno teoricamente. Ma resterebbe sempre la difficoltà pratica che sorpassa e sopraffà la tecnica della legge, massime se si tien conto della facilità di colmare ogni lacuna e di eliminare ogni dubbio coll'interpretazione analogica: ed allora, per lo spirito dell'art. 630, la lunga osservanza non solo non potrebbe servire come mezzo di acquisto a mezzo di prescrizione della servitù discontinua e non apparente, ma neppure come mezzo di convalescenza o di risanamento del titolo claudicante: le medesime difficoltà si presenterebbero in un caso e nell'altro.

Certo è dunque che, se l'art. 2137 si dovesse ritenere soggetto ad un'interpretazione pienamente estensiva, l'art. 630 vi si troverebbe in contrasto: ma noi non vediamo necessità alcuna di escludere nella regola generale un'eccezione che

Digitized by Google

risulta da un ordine d'idee, sul quale non avrebbe potuto direttamente pronunciarsi e disporre l'art. 2137 stesso ch'è parte del capo delle prescrizioni. Quindi noi non siamo posti al bivio di preferire col PUGLIESE (1) l'uno all'altro di questi due articoli, considerati nella loro pretesa flagrante incompatibilità. Anzi noi vogliamo richiamare l'attenzione più accurata sull'art. 2137, per dimostrare che tra esso e il 630 non vi è quella contraddizione che sostanzialmente e indubbiamente emerge tra il 630 e il 631; poichè quest'articolo presuppone al decorso decennale l'acquisto in buona fede e determina la prescrizione del diritto perchè imperfettamente acquistato, quanto al titolo. Però le imperfezioni del titolo non debbono essere tali da escludere la buona fede nè tutti gli altri requisiti dell'acquisto, tra cui, si dice generalmente, anche il possesso legittimo (*nec vi, nec clam, nec precario*) che noi riteniamo certamente necessario in modo speciale per le cose dette a proposito del possesso o quasi-possesso delle servitù.

Ma una cosa perentoriamente vogliamo domandarci: ed è come mai di servitù continue ed apparenti non debba ripugnare la possibilità dell'acquisto in buona fede e dello stesso possesso legittimo. Colui che ha in animo la schiettezza dei proprî possessi e delle proprie pretese, volendo darvi forma e valore giuridico, certamente non si contenta di un esercizio saltuario o non apparente, ma deve pensare ad una contraddizione formale, fatta con atto del quale qualche ufficiale pubblico renda fede in forma autenticamente storica: contraddizione formale che fa penetrare il titolo nel dominio dell'osservanza e della prescrizione, un titolo *sui generis* che non è convalidato come nell'articolo 2137 dall'esercizio valido a prescrivere, ma che invece convalida quell'esercizio stesso per renderlo adatto come contenuto di possesso legittimo. La mercè di questa formale contraddizione ogni carattere occulto dell'esercizio e del possesso viene a scomparire; mentre d'altro canto la discontinuità non è decisiva nè forma ostacolo al contenuto materiale del possesso stesso. Dunque, se una contraddizione ci vuole per

(1) *Trattato della prescrizione acquisitiva*, n. 319, p. 543.

Digitized by Google

il possesso prescrittibile, e se questa condizione, così genericamente accennata per ogni specie di prescrizione dallo art. 631, deve anche applicarsi all'art. 2137, evidentemente noi abbiamo trovato il modo per rendere applicabile la prescrizione decennale per questo verso: ma il contrasto resterebbe sempre in ciò, che secondo l'art. 631 (come si disse) è il titolo della contraddizione che convalida la osservanza, mentre secondo l'art. 2137 è la osservanza che convalida il titolo d'acquisto. Le ipotesi sono diverse e la difficoltà di applicazione dell'articolo 2137 non sorge già dalla sospettata fede dell'acquirente nè dalla sospettata legittimità del di lui possesso, ma piuttosto dalla mancanza di un titolo, pur claudicante, da risanare.

Se il titolo della contraddizione si potesse confondere col titolo d'acquisto, gli stessi art. 630 e 631 del Codice civile potrebbero camminare nel più perfetto accordo: perchè allora veramente la servitù si acquisterebbe per titolo, claudicante o perfettamente abile, nè vi sarebbe bisogno della osservanza, nè del lungo esercizio, nè della prescrizione. Ma gli è proprio che tra titolo dell'acquisto e titolo della contraddizione esiste una profondissima discrepanza e diversità, soprattutto perchè il titolo che sorge per la contraddizione è un titolo del tutto unilaterale e può anche essere ingiusto, arbitrario, lesivo degli interessi dell'altra parte; mentre il titolo che occorre per l'acquisto della servitù dev'essere un titolo contrattuale o per lo meno deve trarre dal proprietario del fondo serviente l'origine sua. Questo e non altro è il titolo che l'articolo 630 Codice civile richiede per l'acquisto delle servitù discontinue e non apparenti, escludendo l'acquisto a mezzo di prescrizione, senza distinguere tra la decennale e la trentennale: dappoichè l'eloquente e meravigliosa dimostrazione del Borsari (1) per distinguere tra prescrizione trentennale e prescrizione decennale non ci commuove, nè sposta la base delle nostre convinzioni di fronte al significato chiarissimo dell'art. 630 Cod. civ., ch'è, quanto più si possa desiderare, generico e comprensivo di ogni specie di servitù: dappoichè

(1) *Commentario del Codice civile italiano*, § 1289.

Digitized by Google

l'efficacia della contraddizione, se è nessuna per la prescrizione decennale, non può essere di qualche entità neppure per la trentennale, quantunque raccomandata ad un atto sul genere di quello previsto dall'alinea dell'art. 631 Cod. civile. Per l'intelligenza del resto e la coordinazione del principio fissato nell'art. 2137 Cod. civ. col principio dell'art. 630 del codice stesso si pensò di sbarazzarsi di un'ultima difficoltà promossa dal dubbio che deriva dalla stranezza che la proprietà si potesse acquistare con la prescrizione decennale nei termini dell'art. 2137 Cod. civ., e non la servitù, il cui contenuto certamente è inferiore a quello della proprietà. Questa obbiezione è più speciosa che vera: dappoichè non è giusto che l'acquisto delle servitù debba essere considerato come egualmente o più facile dell'acquisto della proprietà, ma invece di gran lunga più difficile e intricato; per la semplice ragione che, trattandosi di un diritto frazionario della proprietà stessa, l'acquisto di un tal diritto vuol essere inteso in senso quanto mai restrittivo e rigorosamente limitato ai fini del legislatore secondo lo spirito e la lettera della legge. Resta sempre fermo infatti che ogni nostra prevenzione dev'essere contraria ai vincoli della proprietà e che per giungere a questo vincolo noi dobbiamo passare attraverso ad un mezzo di costituzione che risulti chiaro e determinato in ogni estremo giuridico ad esso relativo. La stessa Cassazione di Palermo, 31 ottobre 1894, Criscione c. Di Mauro (1), chiamata dalla sua giurisdizione ad occuparsi di questa controversia, da questo punto di vista, osservava che il pubblico possesso sull'immobile dominante è diverso dal quasi-possesso sulla servitù che a quel fondo dominante dicesi spettare, poichè la servitù esercitata dal fondo dominante può anche rimanere quasi inosservata: e che neppure è il caso di ricorrere ad un comodo principio di accessione o di parte del fondo acquistato, dappoichè il possesso trentennale per le servitù continue ed apparenti (le uniche per le quali sia ammessa la prescrizione) è assai chiaramente richiesto dall'art. 629 Codice civile, i cui redattori non si sono certamente lasciati impressionare

(1) *Sinossi giuridica*, fasc. 96.

Digitized by Google

da questa pretesa contraddizione coll'art. 2137. Del resto osserva la stessa Corte regolatrice che nell'art. 2137 si richiede ad ogni modo l'esistenza d'un titolo, e che il titolo è perfettamente escluso dall'art. 629. Ogni cavillo, ogni sottigliezza non rappresenterebbe dunque che una vana ed inconcludente deviazione e dalle intenzioni del legislatore e dalla portata stessa delle disposizioni legislative considerate nel loro significato letterale.

Digitized by Google

TITOLO TERZO

DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA

Bibliografia.

JANNUZZI RICCARDO. — *Della destinazione del padre di famiglia nelle servitù discontinue apparenti sotto l'impero del Codice civile francese e napoletano* (*Filangieri*, 1881, 489).

LATREILLE. — *De la destination du père de famille;* Paris 1885.

LOMONACO G. — *La destinazione del padre di famiglia nel caso di due parti di un fondo già unico* (*Filangieri*, 1878, 656).

RICCOBONO. — *La destinazione del padre di famiglia in diritto romano* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXI, pag. 350-421).

SALA-CONTARINI S. — *La destinazione del padre di famiglia come mezzo costitutivo di servitù prediali nel diritto romano;* studio comparato al diritto civile italiano; Girgenti, tip. Formica e Gaglio, 1895, in-8° (V. recensione in *Rivista scienze giuridiche*, XXI, 380).

SIMONCELLI VINCENZO. — *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediale;* Napoli, Vallardi, 1883 (*Filangieri*, 1883, 268). Ediz. interamente rifatta; Napoli, Luigi Pierro editore (tip. Salvati), 1884, in-8°.

(*a*) Se la destinazione del padre di famiglia fosse ammessa in diritto romano. — *b*) Concetto dell'inerenza reale. — *c*) Ancora dei testi romani. — *d*) Critica degli esclusionisti del concetto di destinazione. — *e*) Consuetudini francesi).

a) La destinazione del padre di famiglia è un fattore di primaria importanza nella formazione e nella evoluzione degli istituti giuridici; nè la ragione di questa influenza è peregrina o riservata alla sola tecnica del diritto romano o di altro qualsiasi diritto positivo, oppure si raccomanda alla interpretazione di qualche testo soltanto della giurisprudenza comune. PAPINIANO, nella l. 76, Dig. 50, 17, parlando della

Digitized by Google

animi destinatio, nota che in qualsiasi materia giuridica tutte le cose che si debbono operare con deliberazione di animo non si considerano come operate se non previa vera e certa scienza; nel qual frammento *destinatio animi* non vale tanto per indicare la obbiettiva *destinatio rei*, quanto l'intenzione che si rivela in tutti gli atti volontari dotati di conseguenze giuridiche. Infatti questa *destinatio animi* e dagli scrittori di diritto romano e dai giureconsulti romani è trattata come vera e semplice intenzione, o manifestazione di volontà intenzionale, e null'altro. Il fatto del non trovarsi nei testi romani una nozione specifica della destinazione obbiettiva delle cose in materia di servitù ha fatto sorgere il dubbio che nella giurisprudenza romana non si riconoscesse effetto giuridico alla destinazione del proprietario o del padre di famiglia. Ma questa conclusione, che viene soprattutto in campo trattandosi di servitù, dove il quesito della destinazione si caratterizza e quasi si acutizza, non sarebbe certamente esatta; dappoichè non vi è bisogno di nozioni o definizioni, là dove un elemento giuridico non apparisce da sè e in forma autonoma, ma contribuisce alla formazione d'istituti per sè stanti e che si tratta di modificare o di far funzionare in un modo anzichè in un altro. La destinazione contribuisce alla formazione degli istituti giuridici rendendoli possibili in antecedenza e spesso si compenetra nella stessa manifestazione di volontà che a quelli istituti stessi dà vita. Analizzando il fenomeno nel suo antefatto, nella sua costruzione e nelle sue conseguenze giuridiche, si trova traccia di questa manifestazione intenzionale rivolta ed esplicata sulla cosa; manifestazione che rimane quasi allo stato latente, non distaccandosi, nè separandosi dalla cosa stessa, anzi rimanendovi compenetrata inseparabilmente. La scepsi scientifica, anche dove questa destinazione non è manifestata in forma solenne e distinta dall'obbiettivazione complessiva del rapporto giuridico, è autorizzata a separare questo brano fisiologico e sottoporlo all'esame del proprio microscopio; e non pertanto non trae sotto la sua osservazione un organo, ma un semplice tessuto connettivo, che pure ha le sue attribuzioni in rapporto agli organi della vita giuridica. E questo elemento parte dalla volontà del proprietario padre di famiglia, ma

Digitized by Google

si traduce in atto e si porta immediatamente sulla cosa, dove lo troviamo dotato di un'energia non infruttuosa. Ma che la destinazione possa essere considerata anche come un elemento giuridico a sè risulta da questo, che i rapporti legali necessari od obbligatori i quali sorgono dalla cosa, anche senza una volontà diretta e specifica del proprietario, sono intimamente connessi colla destinazione della cosa stessa e quindi indirettamente procedono dalla volontà di colui che quella destinazione alla cosa impresse. Lo che apparisce nettamente in materia di servitù, e senza sforzo d'interpretazione quanto alle cosidette servitù legali.

Una ricerca storica ed esegetica di somma importanza è qui quella diretta a indagare se la destinazione del padre di famiglia fosse o no veramente ammessa in diritto romano come mezzo costitutivo di una servitù; ritenendo per destinazione del padre di famiglia il concetto dei codici moderni e del nostro (art. 632), che cioè due fondi attualmente divisi siano stati posseduti dallo stesso proprietario e che questi abbia posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù; per la qual cosa, allorchè i due fondi cessano di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa s'intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati (art. 633). Evidentemente, per intenderci, dobbiamo prendere un punto di partenza; salvo poi, all'occorrenza, a rettificare questo concetto, se sarà possibile, in un modo o nell' altro, anzi in quel modo che meglio sembrerà adattabile alla giurisprudenza romana. Il Borsari (commento agli art. 632 e 633 Cod. civ.), ricercando da par suo i fondamenti della ricostruzione moderna di questa influenza della destinazione del padre di famiglia sulla costituzione delle servitù, richiama la l. 116, § 4, Dig. 30, e la l. 18, Dig. 8, 1, per dimostrare che le servitù « *le quali rimasero estinte, o, meglio, assopite nella vita dell'unico proprietario, rinascevano* » in occasione della successione ereditaria al proprietario del fondo e anche se non si vedessero conservati i segni dell'antica servitù; dissentendo per questo punto di vista dal Romagnosi, che ritiene necessaria l'esistenza di tali segni. Or dunque, l'argomento desunto dalla l. 116, § 4, Dig. 30, e dalla l. 18, Dig. 8, 1, e concen-

Digitized by Google

trato nelle massime « *fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est* », e « *in omnibus servitutibus quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi* », non è improntato per fermo a quell'univocità di scopi che presenta come caratteristica una spiegazione tecnica relativa ad un determinato istituto. Se infatti si vuol rendere omaggio alla volontà del testatore che dispose il legato, ciò non può farsi altrimenti fuorchè lasciando il fondo allo stesso stato in cui era quando il testatore lo lasciò morendo; e ciò comunque il fondo stesso in quel momento e prima dell'esecuzione del legato col rilascio della cosa legata avesse potuto trovarsi in rapporto di servitù con altro fondo posseduto dal proprietario medesimo. Così ancora, adita l'eredità dall'erede gravato del legato, e perciò non potendo allora sussistere la servitù stante la confusione che si avrebbe tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente in una persona stessa; quando poi il creditore del legato ottiene dall'erede la soddisfazione del credito o del legato stesso, il legatario è tenuto a sopportare nel fondo quell'onere che prima faceva parte dell'esercizio contemporaneo della proprietà sui due fondi, e che dopo, distinte le persone dei proprietari, non può evidentemente sussistere più sotto forma di proprietà o di esercizio del diritto pieno di proprietà, ma bensì sotto forma del rapporto di servitù da fondo a fondo. Ma questa è una conseguenza necessaria per l'ossequio alla volontà del *de cuius* e null'altro: e la volontà del *de cuius* è di lasciare il fondo legato al legatario coll' onere che prima aveva, anche se quest'onere dovesse tramutarsi in servitù; che se per caso egli abbia dimostrato una volontà contraria, ossia la volontà di lasciare al legatario il fondo libero dagli oneri precedenti, allora, malgrado lo stato di fatto precedente, non si avrebbe la nascita di alcuna servitù. Omaggio pieno e completo dunque alla volontà del disponente, in tutta la sua estensione. Ma sono da esaminarsi altresì le ll. 10, Dig. 8, 4, e 66, Dig. 18, 1, le quali dal ROMAGNOSI (1) sono tratte alla conclusione che in diritto romano non potessero le servitù costituirsi per

(1) *Della condotta delle acque*, parte I^a, lib. II, cap. XX, §§ 17-20.

Digitized by Google

destinazione del padre di famiglia. La prima di queste leggi pone che, se il venditore sul fondo venduto vuol farsi una riserva a titolo di servitù, lo deve fare espressamente; poichè una riserva generale colla formola « *quibus est servitus, utique est* » riguarda gli estranei al contratto di compra-vendita e non ha effetto alcuno per la conservazione dei diritti del venditore, il quale prima della vendita non aveva alcun diritto di servitù (*quia nemo ipse sibi servitutem debet*), nè per la conservazione del diritto del compratore prima della compra e grazie alla stessa massima or ora citata.

A questa soluzione di ULPIANO ne corrisponderebbe un'altra del medesimo, pur nei libri sabiniani (L. 47, Dig. 18, 1), in cui la servitù di acquedotto è detta passare dal venditore al compratore insieme col fondo venduto, anche se non se ne sia fatta menzione: dalla quale, ragionando *a contrario*, parrebbe doversi dedurre che dunque, se il venditore non ha queste servitù di acquedotto (poichè « *nemini res sua servit* »), essa non può per ragione della vendita trasferirsi a prò del compratore. Esplicitamente poi nella l. 66, Dig. 18, 1, POMPONIO in commento a Q. MUCIO osserva che nella vendita di un fondo vi sono delle prestazioni che passano dal venditore al compratore, anche se su di esse non è stato convenuto, e di quelle che non passano, se il loro passaggio non fu stabilito per convenzione; e che a questa seconda categoria appartengono la *via*, l'*iter*, l'*actus*, l'*aquaeductus* e le servitù dei predi urbani. Ma qui, evidentemente, si tratta di servitù contro estranei.

Cercando di conciliare questi frammenti, si potrebbe senz'altro avvisare ad una differenza sostanziale tra la servitù trasferita nella vendita al compratore, attivamente o passivamente, e la servitù che rinasce per effetto del legato di un fondo serviente: diguisachè l'interpretazione della volontà di chi dà vita al negozio giuridico debba essere in ciascuno dei due casi condotta con metodo diverso dall'altro caso, in riguardo appunto alla struttura del negozio stesso. Finchè si tratta di testamento, non impera che la volontà di un solo; e questa volontà sovrana deve avere adempimento: *fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est.* Ma *qualis relictus est* il *fundus legatus* di cui si tratta? Se nel testa-

Digitized by Google

mento non trovasi un'indicazione apposita a questo riguardo, evidentemente conviene tener presente lo stato o *qualitas* del fondo al momento della disposizione testamentaria in cui si trova il legato; e se da allora al momento della morte del testatore stesso un tale stato cambia, è d'uopo esaminare se questo cambiamento fu fatto col consenso o colla ratifica o (comunque) colla volontà del testatore stesso. Nel qual caso, se la modificazione peggiora la qualità del legatario o invece quella dell'erede, il peggioramento deve, col miglioramento corrispondente dall'altra parte, considerarsi come una modificazione implicita al testamento che tacque sulle *qualitates* del fondo legato e del fondo lasciato all'erede; ed allora è d'uopo stare alla modificazione e non alla disposizione primitiva. Che se la cosa, al momento della morte del *de cuius*, il quale ne dispose a titolo di legato, peggiora all'insaputa o contro la volontà del proprietario stesso, perchè, per esempio, un possessore non proprietario od anche il possessore non proprietario dell'altro fondo che con quello trovisi in rapporto di servitù, ne peggiori l'attitudine economica, il diritto deve certamente apprestar rimedio per la restituzione del fondo legato al pristino stato, vale a dire allo stato in cui trovavasi al momento che per atto di ultima volontà ne fu fatta disposizione. Quando siamo invece nell'ipotesi di modificazioni dovute alla volontà del padre di famiglia, o che siano anteriori di molto o di poco alla morte di esso testatore, devono avere vigor pieno, anche se attengono a quei rapporti tra i due fondi, da cui posteriormente può sorgere un rapporto di servitù, per necessaria conseguenza della assegnazione della proprietà di ciascuno di detti fondi a proprietari diversi, cioè ad un erede e ad un legatario. Il qual rapporto di fatto tra due fondi appartenenti ad un medesimo proprietario (rapporto dal quale poi sorge un diritto di servitù allorchè i due fondi cominciano ad appartenere a due proprietari diversi), siccome deriva dalla volontà cosciente e intelligente del proprietario di entrambi, dicesi costituito per destinazione del padre di famiglia, il quale evidentemente potrebbe, dando una diversa disposizione alle colture o alla viabilità o alla gestione economica dei due fondi, evitare quelle condizioni di fatto, che dopo la assegnazione dei fondi

Digitized by Google

stessi a due proprietari diversi portano naturalmente alla creazione del rapporto giuridico di servitù. La disposizione che il proprietario dei due fondi dà a ciascuno di essi si presume naturalmente fatta non solo con libera volontà, ma anche con piena scienza e coscienza di quel che egli si faccia e delle conseguenze che sono per derivare da queste sue disposizioni di sfruttamento fondiario: perlochè l'insieme delle determinazioni e degli atti diretti a questo fine prende il nome di destinazione, vale a dire di calcolo intelligente ispirato ai sani principî di economia domestica patrimoniale e alla combinazione favorevole per il massimo sfruttamento dei fondi stessi, compatibile colla loro esistenza e colla loro conservazione.

Or supponiamo che si tratti invece di convenzione e non ci preoccupiamo di vedere se in tal caso sia data qualche *actio doli mali* a tutela della esistenza e dello esercizio di una servitù, o se non piuttosto sia il caso di accordare le specifiche azioni che delle servitù stesse sono proprie: ma vediamo quale sia o possa essere la costruzione o la sistemazione di quei rapporti di servitù che sorgono da una precedente destinazione del proprietario dei due fondi, dei quali l'uno dava e l'altro riceveva servigio prima che altra ragione un tal servigio avesse, da quella infuori giustificata per diritto di proprietà piena. Certamente fa impressione di ben serrata logica quanto dice ULPIANO sulla clausola « *quibus est servitus, utique est* », che essa nei contratti di compra-vendita sta soltanto di fronte agli estranei (veramente la osservazione è superflua, perchè viene dalla legge e non dalla convenzione), per i quali il contratto è *res inter alios acta:* perchè per nessuna ragione potrebbe dopo la vendita il venditore acquistare un diritto di servitù che prima della vendita non aveva, grazie alla massima che a niuno serve la cosa propria; nè potrebbe il compratore dopo la compra conservare un diritto di servitù sulla cosa propria (ostandovi il medesimo principio), anche quando lo avesse anteriormente a quel contratto. Quindi (e qui pare che gli altri giureconsulti citati, POMPONIO e Q. MUZIO, completino il concetto ulpianeo) nel contratto di vendita quella clausola « *quibus est servitus, utique est* » serve a trasferire, o, piuttosto, ad indicare o determinare i diritti

Digitized by Google

di servitù contro i terzi: diritti che per virtù di legge rimangono trasmessi col fondo. Ma (e ciò s'intende implicitamente), allorchè per effetto della vendita quello ch'era prima la mera e semplice conseguenza dell'esercizio del dominio, diventa esercizio di un diritto di servitù, come istituto che sorge *ex novo;* si ha una costituzione di servitù come conseguenza necessaria e inevitabile del trasferimento della proprietà, dovendosi supporre che la distribuzione culturale dei due fondi e le relative relazioni di passaggio, di acquedotto, ecc., siano state ispirate a quei concetti di durata permanente e senza limiti (la cosiddetta causa perpetua) ch'è la caratteristica della servitù. *Quid iuris* se il rapporto di passaggio o di presa d'acqua fu costituito e mantenuto solo transitoriamente dal proprietario di entrambi i fondi; talchè, per quanto un tal rapporto si trovi in vigore al momento della vendita, tuttavia non sia talmente indispensabile da doversi ritenere che lo sfruttamento del fondo venduto non possa dal nuovo proprietario effettuarsi senza di esso, trasformato in servitù a causa del distacco delle due proprietà?

È giunto il momento di non fare nè dell'alchimia romanistica nè del bigottismo classico: si può giungere anche senza di ciò ad una buona conclusione. Se quel rapporto, avuto riguardo alla sua causa e al suo scopo, è di quelli che, trasportati nel campo giuridico, tra due fondi appartenenti a due proprietari diversi, possono dar luogo a diritto di servitù, allora da rapporto di pieno esercizio del dominio può, per la separazione dei fondi, tradursi in rapporto di servitù; ma a ciò osta assolutamente il temporaneo sfruttamento del fondo, p. es. la rotazione saltuaria ed eventuale delle colture, senza un piano prestabilito di attuazione permanente. La difficoltà dunque non esiste nel caso di destinazione del padre di famiglia in rapporto alla vendita, più che non esista in un modo qualsiasi di costituzione della servitù in un contratto speciale e apposito. E la disposizione testamentaria e il contratto di vendita, vale a dire la disposizione o alienazione del fondo *inter vivos* o *mortis causa,* sono modi di costituzione della servitù proprio *ex novo,* come potrebbe essere un atto apposito che la servitù costituisse: solo la costituiscono implicitamente piuttostochè esplicitamente, ma non per

Digitized by Google

questo il negozio ha una struttura o una portata diversa, od abbisogna di requisiti diversi. Se questo fatto del proprietario di due fondi, che stabilisce *iure proprietatis* tra i medesimi quegli stessi rapporti che si addimanderebbero di servitù nell'ipotesi che i fondi stessi appartenessero a proprietari diversi, si vuol ritenere un fatto di destinazione del proprietario stesso, il quale adatta le cose proprie ad un rapporto di servizio scambievole, sembra che, intendendosi bene sul significato da dare alla parola destinazione, si possa bensì trattare di una parola nuova degli interpreti, la quale non risponde in tutto alla *destinatio mentis* dei Romani, ma non già di un concetto che contraddica alle fonti. All'ermeneutica pur qualche cosa può concedersi, specialmente quando anche il diritto romano si consideri quale organismo vivente in evoluzione continua: al modo stesso che i critici delle fonti oggi si affaticano in costruzioni e ricostruzioni, le quali sovente non rappresentano ma spiegano il concetto romano.

b) Diversa cosa è del concetto dell'inerenza reale, che per simili istituti giuridici è tratto in campo dai moderni interpreti con uno sforzo ingegnosissimo di ricostruzione; come sembra. Questo concetto d'*inerenza reale* non è che una mera superfluità, perchè è comune a tutti i diritti reali, siano o no servitù, e anzi, applicato alla destinazione che il proprietario di due fondi fa di ciascuno di essi, potrebbe esser fonte di deplorevoli equivoci, non trattandosi in questo caso di diritti frazionari della proprietà, ma di semplice e vero esercizio del diritto stesso di proprietà. Noi, pur senza porvi un'attenzione speciale, abbiamo potuto agevolmente sfuggire e la causa dell'equivoco e l'apparenza di aver voluto creare una tecnica speciale, che può applicarsi, in molti altri casi, al fatto del proprietario di due fondi che li pone entrambi in rapporto di servigio scambievole. Per noi basta dire che il rapporto di servigio tra i due fondi appartenenti allo stesso proprietario dev'essere di tal natura che, appartenendo quei fondi a due proprietari diversi, si dovesse necessariamente avere, anzichè un rapporto di obbligazione tra i due proprietari od un semplice rapporto di diritto reale, un vero e proprio rapporto di servitù. Nè ci sembra punto

Digitized by Google

difficile avvisare ad una tale destinazione nella sua caratteristica di corrispondere alla struttura della servitù, quando i due fondi appartenessero a due proprietari diversi: poichè non è difficile certamente di astrarre dalla unione personale dei due proprietari, per quella parte dei rapporti tra fondi che non deriva più dal fatto della unione personale stessa, anzichè dalla condizione obbiettiva di quei fondi. Lo sforzo consisterebbe unicamente nel supporre per un momento che i due fondi, i quali appartengono od appartenevano ad un solo proprietario, appartengano od appartenessero a due proprietari diversi; e nello esaminare se in questa ipotesi presumibilmente quei rapporti tra fondi che si esaminano, continuino o continuerebbero a sussistere, malgrado il dissolvimento dell'unione personale del proprietario dell'un fondo col proprietario dell'altro fondo. Non che tra l'ipotesi che il rapporto o il servigio derivante esclusivamente dal fatto dell'unione personale delle due proprietà si debba e persino si possa sempre distinguere in forma del tutto netta dal rapporto o servigio derivante invece dai due fondi posti tra loro in corrispondenza diretta e prescindendo dalle persone dei proprietari di essi. Ma noi intendiamo sostenere che le difficoltà, ben guardando, sono della stessa natura qui e quando si tratta di vedere se realmente sussista il rapporto di servitù: per la qual cosa non è d'uopo nè di una preoccupazione speciale nè di criteri di soluzione diversi. Affermiamo anche essere inesatto il dire che un proprietario, col suo atto di destinazione del fondo ad un determinato servigio, possa imprimere al relativo stato di fatto il carattere dell'inerenza reale, senza che quest'inerenza sia principalmente costituita dai rapporti oggettivi di entrambi i fondi tra di loro.

c) Sonovi tuttavia altri testi da esaminare. Il fr. 8, Dig. 8, 4, di POMPONIO, risolve il caso che, consegnando due case nello stesso contesto di negozio giuridico a due persone diverse, si debba decidere sulla validità della servitù imposta sopra l'una o l'altra casa: nel senso che, se il venditore acquista o impone la servitù nell'intervallo tra la vendita e la tradizione, la servitù è valida. Ma, per verità, questo fram-

Digitized by Google

mento non ha nessuna attinenza alla servitù che risulta imposta per il servizio originario in cui il proprietario di due fondi si piacque sottoporre uno dei due a favore dell'altro: qui si tratta di servitù passiva concessa su di un fondo già venduto, ma di cui non è stata ancora operata la *traditio* al compratore, a favore del compratore di un altro fondo venduto dallo stesso proprietario: l'imposizione della servitù non dipende dunque da un servigio che sia la conseguenza di un'antica destinazione dei fondi, bensì da uno stato di fatto che si vuol creare in occasione dell'alienazione di entrambi i fondi. Ma fu bene osservato altresì che questo frammento è in antinomia col frammento 6 pr., Dig. 4, 8, di ULPIANO, il quale doveva pur conoscere l'opinione di POMPONIO e nondimeno conclude che la servitù può nella medesima posizione di fatto contemplata da POMPONIO costituirsi mediante una *lex traditioni dicta:* il suo pensiero non corre neppure lontanamente al concetto della costituzione d'una servitù *ante traditionem* almeno in questo pr. del frammento. È vero che nel § 3 del frammento stesso si trova l'inciso *scilicet ante traditionem;* ma dai due *vel*, dai *plane, si quidem, si vero* può rilevarsi che questa parte del frammento è stata interpolata dai compilatori: tanto più che quell'inciso non ha davvero ragion d'essere, trattandosi di servitù imposta su di un fondo in occasione della vendita di un altro fondo per mancipazione, sia pure contenente una *lex mancipi* come *lex traditioni dicta;* ed essendo naturale che l'atto stesso della costituzione della servitù sia anteriore alla effettiva tradizione, dappoichè posteriore non potrebbe essere. Aggiungesi che lo stesso fr. 8 di POMPONIO è sospetto di tribonianismo per l'aggettivo *peractam* che si riferisce meglio ad una *impositionem* rimasta nella penna dei compilatori anzichè alla *traditionem* che si legge nel testo e ch'è un atto il quale consiste in un'operazione semplicissima e che non suppone un cominciamento, una prosecuzione ed un compimento (cui potrebbe riferirsi l'aggettivo *peractam*) come verificantisi in momenti cronologici diversi. Invece l'*impositio* d'una *servitus* è cosa meno semplice e meno breve e deve apparire allo sguardo dei terzi da una serie di atti o di fatti continui o risultanti da più momenti cronologici che si susseguono l'uno all'altro:

Digitized by Google

non già da un fatto solo o da un negozio che *unico actu perficiatur:* per la qual cosa l'aggettivo si attaglia più all'*impositio servitutis* che alla *traditio fundi.* Questo indice di interpolazione è quello che sostanzialmente ammette e riconosce il RICCOBONO nella memoria citata: ma, francamente, per quanto si voglia almanaccarvi intorno, sembra che il ragionamento sia troppo lambiccato e poco convincente, quanto al riferimento dell'aggettivo *peractam*, rimanendo per il resto assai ben concepibile.

Nel frammento 31, Dig. 8, 3, GIULIANO facendo l'ipotesi che tre predi vicini appartenessero a più proprietari e che il proprietario del fondo più basso avesse acquistato dal proprietario del fondo più alto una *servitus aquae* e la facesse passare per il fondo intermedio per condurla nel fondo proprio col permesso di quel proprietario intermedio; poi questo proprietario avesse comprato il fondo più alto, e indi venduto il fondo più basso nel quale conduceva l'acqua: si domanda se il fondo più basso abbia perduto il diritto dell'acqua; poichè essendo entrambi i fondi divenuti proprietà di una stessa persona, non potevano prestarsi reciprocamente la servitù. Si negò che la servitù fosse estinta, dice il giureconsulto, perchè il fondo di mezzo pel quale si conduceva l'acqua aveva sempre appartenuto ad un altro: e, siccome non si sarebbe potuta imporre al fondo più alto la servitù di condurre l'acqua nel più basso, se non in quanto essa fosse condotta anche per il fondo di mezzo; così la servitù del fondo più basso non si potrebbe perdere, se non in quanto l'acqua avesse contemporaneamente cessato di essere condotta anche per il fondo di mezzo, oppure tutti e tre i fondi fossero diventati proprietà di una stessa persona. A questo frammento del commento di GIULIANO a MINICIO fa eco il frammento 18, Dig. 8, 3, in cui ULPIANO, nei commenti sabiniani, premesso che la servitù di via è una sola benchè si imponga attraverso più fondi, si domanda se il non-uso della servitù di passaggio attraverso uno dei fondi che ne sono gravati (di fronte all'uso della servitù stessa sull'altro fondo o sugli altri fondi) porta o no la perdita della servitù stessa. Risponde che la servitù o si perde tutta o si ritiene intiera: e che perciò se il titolare della servitù non si è servito di

Digitized by Google

fondo alcuno, perde la servitù; se si è servito pur di uno solo dei fondi servienti, la conserva. La ragione di queste due soluzioni, l'una di GIULIANO o di MINICIO, e l'altra di ULPIANO o di SABINO, è questa: *una est via, una est aqua, etsi per plures fundos imponatur, quum una servitus sit et aut tota amittatur aut tota retineatur.* Ognuno vede come qui non si tratti di costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia, ma si tratti invece, se pure, di estinzione della servitù per la destinazione del padre di famiglia; ma neppure di questo, perchè l'opera del padre di famiglia non precede, ma solo può susseguire l'alienazione del fondo, il cui trasferimento è causa per lo appunto della posizione del quesito da risolvere. Nè una supposta destinazione del padre di famiglia può in modo alcuno influire sulla continuazione o sulla cessazione dell'esercizio della servitù di via o di acqua; poichè l'applicazione della massima *res sua nemini servit,* non si può dire che sia nè esclusivamente nè principalmente per volontà del privato, anzichè per effetto di norme generali del diritto.

Si adduce anche il fr. 36, Dig. 8, 3, in cui PAOLO, nella ipotesi che un proprietario di due fondi contigui, venduto uno di questi fondi, all'altro che ritenne avesse imposto la servitù di condurre acqua, dice che questa servitù a favore del fondo venduto lo segue, anche se venduto nuovamente: nè importare che la *stipulatio poenae* si riferisca alla persona del primo compratore nel caso che egli non potesse fruirne per fatto del venditore. Ma che cosa vi entra qui la destinazione del padre di famiglia? Forsechè la *stipulatio poenae* è indice di destinazione del padre di famiglia? Forsechè il padre di famiglia, colla *stipulatio poenae* ha potuto pretendere di limitare la durata della servitù soltanto al tempo in cui il primo compratore fosse rimasto in proprietà del fondo, ossia fino a che fosse durato l'effetto della *stipulatio poenae,* con cui il compratore stesso aveva garantito l'esercizio del diritto di servitù all'altra parte? I due fondi furono riuniti sotto il dominio d'uno stesso proprietario, il quale potè così da fondo a fondo organizzare un servizio che formasse quasi il nucleo d'una futura servitù nella eventualità che la proprietà sui due fondi venisse in seguito ad

Digitized by Google

essere distinta. Questa è la vera ragione della costituzione della servitù: la *stipulatio poenae*, come garanzia dell'adempimento del contratto, non forma che una garanzia accessoria alla servitù, nè potrebbe cambiare la natura o la portata di questo istituto, o dargli una impronta che altrimenti non avrebbe, o creare una destinazione che il padrefamiglia non avesse punto inteso di creare.

Il fr. 46, Dig. 39, 2, decide che, nel caso che il proprietario di due fabbricati contigui abbia convertito la camera di uno di questi fabbricati a uso dell'altro, questa camera deve spettare a quel fabbricato cui fu congiunta quella camera; non solamente se la *contignatio* o travatura che sostiene quella camera è appoggiata sul fabbricato in cui uso fu la camera stessa convertita, ma anche se la travatura stessa è trasversale e tutta appoggiata sui muri dell'altra casa. NERAZIO, dopo risoluta in tal modo la questione, riporta l'opinione di LABEONE, il quale, supposto che il proprietario di due case abbia appoggiato un portico sopra entrambe, a questo abbia dato l'ingresso per una di esse case, e quindi abbia venduto l'altra casa coll'obbligo dell'imposta servitù del peso del portico, ritiene che tutto il portico appartenga alla casa che il proprietario ha ritenuto, benchè estesa su travatura trasversale in tutta la lunghezza delle due case e benchè la travatura fosse da entrambe le estremità sostenuta dai muri della casa venduta. Per conseguenza non ne deriva già (dice NERAZIO di nuovo) che la parte superiore dell'edifizio, non congiunta ad altro edifizio e non avente ingresso da altra parte, sia di altri anzichè di colui, sopra il muro del quale essa è posta. Qui si ha un vero e proprio esempio di destinazione del padre di famiglia: la *servitus oneris porticus servandae*, in seguito alla costruzione del portico stesso (che, quantunque occupi l'estensione di due case, è tuttavia spettante ad una sola delle due case), è la conseguenza necessaria della volontà del padre di famiglia che destina quel portico tutto a beneficio e a pertinenza di una delle due case, piuttostochè darne una parte all'una casa e una parte all'altra a seconda della lunghezza di entrambe. LABEONE, nel fr. 31, Dig. 32, riportando un'opinione di PAOLO, viene a confermare pienamente l'opinione di NERAZIO, ch'è anche

Digitized by Google

l'opinione propria, per il caso del portico, sopra esposto. Se a taluno è lasciata in legato una casa, il legatario si avrà soltanto il fabbricato di cui quella casa consta: eccezione fatta pel caso che il padre di famiglia proprietario di due case attigue avesse convertito ad uso di una di esse case una camera costruita *supra concamerationem* (sopra la volta) dell'altra e in tal guisa se ne fosse servito; poichè in questo caso la camera diventa accessorio di una delle due case e cessa di far parte dell'altra casa. Or qui pure si tratta di destinazione del padre di famiglia; la camera, benchè formante parte di un altro corpo di casa, tuttavia è ritenuta in proprietà della casa vicina: e ciò perchè il proprietario di entrambe le case, potendolo, volle convertire la camera stessa in uso dell'altra casa pure a lui appartenente, e ciò fece fino a che le due case trovaronsi entrambe in sua proprietà.

La volontà del padre di famiglia (si dica pur destinazione, se così vuolsi) rivelasi anche da altri luoghi delle fonti. Nella l. 24, §§ 2 e 3, Dig., lib. 30, Pomponio porta l'ipotesi che dopo fatto un testamento in cui è compreso il legato di un fondo, il testatore aggiunga o tolga qualche parte al fondo legato; e si domanda che cosa nell'una e nell'altra ipotesi il legatario possa domandare in adempimento del legato di cui si tratta. Nel primo caso, egli risponde, il legatario potrà domandare anche la parte aggiunta: e ciò analogamente all'ipotesi dell'alluvione, tanto più se il testatore abbia tolta da altro fondo proprio la parte aggiunta al fondo legato. Nel secondo caso, la soluzione è la medesima, cioè la parte di fondo tolta s'intende esclusa dal legato, *quum* (dice il giureconsulto) *nostra destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituerentur*. La quale spiegazione, che pure va intesa col beneficio dell'inventario, o almeno di una oculata interpretazione, se non in materia di legati fosse data (perocchè nel legato questo fatto del proprietario che prima di morire può a sua voglia sopprimere o restringere il legato, una certa influenza pur deve esercitarla nel rendere operativa nel caso pratico quella massima generale) ma in materia di servitù, potrebbe schiuder l'adito a tutta quanta la teoria della nascita delle servitù per destinazione del padre di famiglia. Meno esplicito nel senso della destinazione, che non nomina, e

Digitized by Google

piuttosto propenso alla spiegazione desunta dalla volontà del testatore, è PAOLO in fr. 86, § 1, Dig. 31; dove, trattandosi di un legato dello zio al nepote, si domanda se, mantenendo il testatore stesso il possesso di tutto il fondo *uno nomine*, ma avendolo diviso in due parti per comodità di locazione, il legatario abbia diritto a tutto quanto esso fondo oppure ad una delle due parti in cui il fondo stesso fu diviso. La risposta è che l'erede deve prestarlo tutto *ex causa fideicommissi*, se pure non sia il caso di provare che il testatore intese disporre per legato di una sola di quelle parti: riducendosi così tutto all'interpretazione di quella stessa volontà del disponente, che può aver provveduto ad un tempo, o senza contraddizione per quanto in tempi diversi, e alla divisione del fondo per causa di locazione, e alla disposizione di una parte del fondo stesso a titolo di legato. Più che accennare alla destinazione, sembra che sia abbastanza constatare che questo frammento non contraddica alla teoria della destinazione, i cui germi furono gettati dal frammento citato di POMPONIO. Anche i fr. 35, § 1, Dig. 32; 20, § 7, Dig. 33, 7; 91, § 6, Dig. 32, sono diretti esclusivamente all'interpretazione della volontà del disponente, e soltanto non contraddicono alla costruzione di una teoria della destinazione nel senso indicato dalla parte sopra richiamata dal frammento di POMPONIO. Lo stesso dicasi, presso a poco, dei fr. 36, Dig. 8, 2 (che starebbe meglio tra le disposizioni relative ai legati); 19 pr., Dig. 3; 83, Dig. 17, 2.

Nel fr. 10, Dig. 8, 2, si ammette l'oscurazione delle case legate, a patto però che si lasci la luce sufficiente all'uso diurno degli abitatori (*quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione*); ma si esclude che l'erede debba ritenersi obbligato a prestare all'edificio legato come all'usufruttuario l'adito per la casa di un terzo, qualora a questa casa non si potesse altrimenti avere accesso, poichè il legatario deve procacciarsi un tal passaggio a sue spese (L. 66 pr., Dig. 18, 1). Qui l'*usus diurni moderatio* sembrerebbe in qualche modo una funzione dipendente dalla destinazione del padre di famiglia: senonchè non tardò il frammento ad essere accusato e convinto d'interpolazione, grazie all'inutile sinonimia di *officere* e *obscurare*, al *penitus*, ai *lumina* che non

Digitized by Google

significano luce ma finestre, all'*habitantibus* mentre si tratta di un legatario solo, al bizantinismo *usus diurni moderatio.* Oltre a ciò questa *moderatio usus diurni* non è detto debba procedere piuttosto dalla ingerenza dell'una o dell'altra delle due parti, anzichè dal prudente arbitrio del giudice, chiamato a temperare e regolare i rapporti tra varie sfere di attività giuridica nella loro comune coesistenza. Ma nel frammento 15, § 1, Dig. 33, 2, che fu chiamato la chiave di tutta la materia, MARCELLO parla ancora più chiaramente: egli infatti risponde come, trattandosi di due fondi, dell'uno dei quali si faccia legato di proprietà e legato di usufrutto dell'altro, e chiedendo l'usufruttuario il passaggio al proprio fondo per il fondo dell'altro legatario, debbasi accordare un tale passaggio come si accorderebbe contro l'erede, *secundum voluntatem defuncti* ed anche *ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit.* Senza dubbio, anche a tutta prima fa impressione il vedere data importanza alla volontà del disponente e alla conservazione della forma da lui attribuita ai suoi terreni, ossia alla destinazione che si presume dalle circostanze dei fatti: la quale ultima considerazione della forma, se pure è interpolata per l'*obtinere* intransitivo, i *sive donec* e *sive dum,* il *redire ad proprietatem suam,* non intacca punto quanto risulta precedentemente circa la volontà del defunto e può spingersi fin entro i confini della vera e propria destinazione. Il fr. 41, Dig. 8, 2, considera l'ipotesi che si faccia un legato vitalizio di abitazione e di magazzino e che al legatario si chiegga attraverso l'abitazione legatagli il passaggio per accedere ad un vicino orto e cenacolo a lui non legati: e nel caso che un tale passaggio si sia esercitato anche prima della disposizione a titolo di legato, si risponde doversi un tal passaggio conservare all'erede attuale, non però a titolo di servitù e purchè non rechi danno sensibilmente al legatario. In questo frammento si vorrebbe dal RICCOBONO (1) veder la mano interpolatrice dei commentatori, grazie alla parola *heredem,* che

(1) *Se per diritto romano la destinazione del padre di famiglia fosse ritenuta sufficiente a costituire servitù prediali* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche,* 1896, vol. XXI).

Digitized by Google

rivelerebbe una specializzazione arbitraria fatta dai commentatori dell'ipotesi generale ad un caso che avrebbe una ragione particolare di decidere nel riflesso che l'erede sia il proprietario della casa legata ad abitazione o a magazzino e che però questa non possa servirgli (*res sua nemini servit*). A noi sembra il sospetto e la conclusione dell'accusa molto azzardato: se si considera che l'orto e il corpo staccato del *coenaculum* vanno considerati come accessori alla *domus legata* e che perciò appunto il giureconsulto trovò rilevante il far risultare nell'ipotesi del caso la circostanza che l'*hortus* e il *coenaculum* non furono compresi nel legato della *domus*, si trova giusto che resti il diritto di passaggio *iure proprietatis* com'era stato sempre prima di allora. È questa un'interpretazione tanto semplice e piana, che ogni altra interpretazione ha senz'altro l'aria di un sofisma: ma evidentemente questo frammento non ci serve affatto per dimostrare che la servitù potesse o no costituirsi per destinazione del padre di famiglia.

Forse il *dum non noceat legatario* sarà stato, come altrove in casi simili, aggiunto dai compilatori in fine del periodo, per un desiderio incomposto ed insignificante di equità: ma, siccome il concetto non è neppure confortato da un avverbio limitativo *nimis* o da una migliore specificazione di compatibilità coll'esercizio del legato, riesce addirittura falso; non giungendosi a concepire come mai si possa esercitare un diritto di passaggio senza recare in qualche modo nocumento (anche soltanto come conseguenza di molestie o noie) al proprietario o all'usufruttuario del fondo su cui il passaggio si esercita. Il fr. 20, Dig. 8, 5, è pure di SCEVOLA e suppone che una testatrice abbia avuto delle case congiunte a un fondo da essa legato. Nell'ipotesi che le case non cedano al fondo legato e questo fondo sia stato rivendicato dal legatario, il giureconsulto risponde che questo fondo deve alle case la servitù, anche nell'ipotesi che il legatario chiedesse il rilascio del fondo stesso a titolo di fedecommesso e perciò alla prestazione della servitù stessa fossero obbligati gli eredi anzichè il legatario. Or si ha qui un fenomeno di destinazione del padre di famiglia, per cui dall'esercizio del diritto di proprietà sorga poi, mercè la distribuzione a più persone

Digitized by Google

della proprietà dei fondi prima tenuta dalla sola persona del disponente, un diritto di servitù per conciliare la persistente posizione di fatto dei fondi stessi colla loro cambiata posizione giuridica? Senza dubbio qui siamo proprio nell'ipotesi dell'art. 632 del Cod. civile: ed anzi pare che questo sia uno dei frammenti più spiccatamente concludenti in questo senso, senza che nè la generalizzazione del concetto di *excipere aliquam servitutem* nè il suono o la forma delle espressioni possano autorizzare cavilli in contrario.

d) Pur non disconoscendo, almeno in parte, il grandissimo valore di taluno tra questi frammenti, vi sono tuttavia degli scrittori, i quali negano qualsiasi efficacia e alla destinazione del padre di famiglia e persino allo stato di necessità dei fondi per la costituzione del rapporto di servitù, senza l'intervento di una manifestazione espressa di volontà da parte di un costituente la servitù stessa, che intenda dar vita ad uno speciale rapporto giuridico, indipendente da tutti gli altri negozi che lo precedono, l'accompagnano e lo susseguono in un solo contesto di operazioni dirette ad unico fine economico-patrimoniale. Anche questi scrittori tentano fortificarsi sui testi del Digesto, e perciò richiamano specialmente il fr. 20, § 1, Dig. 8, 5, il fr. 27, § 5, Dig. 33, 7, il fr. 1, Dig. 33, 3, di SCEVOLA i due primi e il terzo di GIULIANO. Nel primo frammento si propone il quesito, se nella vendita di propri fondi fatta dagli eredi di taluni proprietari che avevano acquistato in comune lo *ius compascendi* sopra un terreno separato dalla proprietà di ciascuno di essi, s'intenda compreso, per la parte rispettiva, anche il diritto di compascolo: e il giureconsulto risponde che *id observandum quod actum inter contrahentes esset; sed, si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc ius ad emtores transire.* Quest'ultimo inciso dal *sed si* in poi si è voluto dichiarare interpolato dai compilatori, forse perchè non faceva comodo: ma (e sia detto con tutto il rispetto all'autorità del GRADEWITZ) un *sed si* isolato non basta a costituire una *tournure* sospetta. Orbene, omaggio alla volontà dei contraenti non significherebbe nulla per la nostra tesi, qualora quest'omaggio non si spingesse fino all'interpretazione della

Digitized by Google

loro volontà tacita, risultante dalla destinazione ch'essi dettero all'immobile su cui si tratterebbe di esercitare il compascolo. Piuttosto a noi sembra che, se si tratta di compascolo, non sia il caso d'invocare il testo per le servitù, quantunque dai compilatori collocato nel tit. 5 del libro 8, mettendolo di seguito al pr. del frammento, che riguarda veramente la materia delle servitù: poichè questa è piuttosto materia di comunione tra i *plures ex municipibus*. Nel secondo frammento si parla di un legato di fondi *ita ut instructi sunt, cum suis salictis et silvis:* e si domanda se le selve e i saliceti situati in altri piccoli fondi, posseduti dallo stesso disponente e adiacenti a quei fondi, facciano parte del legato, quante volte i fondi non possano senza di queste piccole adiacenze coltivarsi. La risposta è che s'intende far parte del legato solo ciò ch'è compreso nelle parole di esso: ma, benchè di ciò tacciano i contrari all'influenza della destinazione, questo frammento è stato tacciato d'interpolazione (1). Noi, a parte ogni altro, considereremo che questo frammento è diretto all'interpretazione della volontà del testatore, non già in materia di servitù, ma semplicemente per vedere quale sia la portata del legato, obbiettivamente, sulle cose che grazie ad esso sono trasmesse in proprietà al legatario. Si tratta, in altri termini, di vedere se i *salicta* e le *silvae* adiacenti al fondo legato fanno o no parte del legato; ma non si tratta di decidere se su di questi saliceti e di queste selve sia o no dato al legatario l'esercizio di una servitù per effetto del legato stesso. L'ipotesi si può spingere fino a prendere come tipo estremo e caratteristico della soluzione, che nel fondo legato non sianvi nè selve nè saliceti affatto; per la qual cosa, data la sua destinazione culturale presente, il fondo stesso debba almeno per il momento restare inutilizzato, non solo, ma la menzione fatta di saliceti e selve nelle parole del legato, come spettanti a quel fondo, resti lettera morta e come punto scritta. E potrebbe giustamente sembrare che non sia effetto di savia interpretazione qui, nè omaggio alla volontà del disponente,

(1) V. Eisele in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. VII.

Digitized by Google

il ritenere che la disposizione resti inutile per quanto riguarda i saliceti e le selve, sol perchè l'aggettivo possessivo *suis* in essa non fu adoperato esattamente, o anzi lo fu falsamente, per trovarsi e saliceti e selve al di fuori del fondo che formò oggetto del legato. Il terzo dei frammenti citati, ossia il fr. 1, Dig. 33, 3, riguarda proprio il legato di servitù. Uno ha due botteghe unite, ma le lascia per legato a due persone diverse: or se dalla superiore bottega si è fatta qualche edificazione sopra la inferiore, nel legato della prima si ritiene compresa la servitù attiva sulla seconda. Ma il giureconsulto pare che abbia uno scrupolo, e lo manifesta: questa soluzione deve star ferma solo quando o la servitù è espressamente imposta, o il legato fu instituito sulla taberna colla consueta formola *uti nunc est, do, lego?* Purtroppo però un tal dubbio rimane senza risposta. Secondo noi, sarebbe desiderabile nella disposizione la formola *uti nunc est.* Ma, se non vi si trova, deve giungersi alla conseguenza di fare abbattere l'edificazione del fondo superiore, a meno che i due legatari non si accordino per la costituzione d'una servitù *ex novo?* E questo anche se l'intenzione del disponente possa rilevarsi implicitamente dal complesso della disposizione di cui si tratta? Si dice che il responso del giurista riferito da MINICIO era fondato su dati giuridici che dovevano giustificare pienamente l'imposizione della servitù, che MINICIO trascurò di riferire quei dati, che quindi la decisione rimase in oscuro, e la nota di GIULIANO ha appunto lo scopo di darvi una spiegazione e una motivazione conveniente. Ma GIULIANO, nella sua nota esplicativa, non dichiara di aderire all'opinione di MINICIO nè del giureconsulto antico riferito da MINICIO: egli lascia la soluzione in sospeso, non autorizzando nè l'una nè l'altra risposta. Or sarà lecito a noi ritenere che questo frammento non può in modo alcuno essere utilizzato (con tutto il rispetto dovuto all'autorità di BARTOLO) nè pro nè contro la destinazione; che il precedente non attiene affatto alla materia delle servitù; che il primo solo per analogia alquanto azzardata può trasportarsi dal compascolo alla servitù.

Nel fr. 12, § 14, Dig. 33, 7, si suppone che un *instrumentum* serva per più fondi e si dice che, per decidere a

Digitized by Google

quale dei fondi questo istrumento appartenga, si debba guardare anzitutto alla volontà del padre di famiglia (*cui potius agro destinaverat*); e, se della volontà non apparisca, l'*instrumentum* non fa parte di nessuno di detti fondi, esclusivamente. Qui la destinazione del padre di famiglia concerne la proprietà dell'istrumento e non già alcuna servitù di predio a predio: oltre a ciò in questo caso non si può trarre alcuna analogia, poichè qui si tratta di utensili destinati alla coltivazione del fondo e facilmente sostituibili da individuo a individuo nella stessa specie; talchè, anche ammesso un diritto di uso (o quasi di mutuo, come dice il testo della legge) dall'un fondo all'altro, agevolmente la soppressione di un tal uso, anche se non altro in via d'equità, può sostituirsi con una somma di denaro come contributo all'acquisto di altro utensile simile. Anzi generalmente, quante volte nei testi si incontra l'espressione — *voluntas patris familias destinaverat* —, *nostra destinatio* — ecc., questa espressione (e torna qui assai in acconcio l'osservarlo, a proposito del frammento 12, § 14, Dig. 33, 7) non ha un significato maggiore, più esplicito, più tecnico, più caratteristico di quello che sia il semplice concetto di *voluntas:* talchè tutto si riduce, non tanto all'esame obbiettivo delle relazioni tra fondi come conseguenza di speciali comportamenti di essi fondi, quanto piuttosto all'esame e all'interpretazione della volontà del disponente, con le stesse norme e cogli stessi criteri che si darebbero in qualsivoglia altro caso d'interpretazione di volontà, tanto generica quanto specifica. Solo il fr. 20, Dig. 8, 5, ha un significato abbastanza prossimo alla destinazione del padre di famiglia: ma da tutti i frammenti citati risulta che in diritto romano non s'intese il bisogno di costruire una vera e completa teoria della destinazione, ma solo una più generica dell'interpretazione della volontà.

e) In Francia, le varie consuetudini locali ammisero la costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia; senonchè talune esigevano e altre no la forma scritta, e altre non l'esigevano in tutti i casi o solo in caso di divisione. Nelle consuetudini di Parigi (questa ch'è del 1510 sembra la prima ad ammettere un tal mezzo d'acquisto delle servitù),

Digitized by Google

Orléans, Calais e Metz, occorreva che la destinazione fosse scritta. L'art. 91 della vecchia *coutume* parigina si limitava a sanzionare il principio che la destinazione del padre di famiglia val titolo: colla riforma del 1560 si aggiunse all'articolo 216 della nuova consuetudine la clausola limitatrice di una tale efficacia alla sola forma scritta. Altre consuetudini si attengono alla disposizione incondizionata della vecchia consuetudine parigina; e che le parole aggiunte alla nuova consuetudine parigina non fossero una spiegazione della vecchia consuetudine ma una disposizione nuova risulta dal processo verbale della seconda redazione. Per questa ragione la prescrizione della forma scritta non poteva avere effetto retroattivo al 1560. Nell'applicazione della *coutume* parigina sorse dubbio soprattutto sull'interpretazione dell'art. 216 in armonia e in coordinazione coll'art. 265, circa la costituzione delle servitù in termini speciali e non in termini generali, che la maggior parte dei commentatori trae dall'espressione — *per iscritto e non altrimenti* — che trovasi nell'art. 216 e che fa riscontro alla disposizione del precedente articolo circa la specificazione del padre di famiglia in ordine alle servitù da lui intese costituire. Una tale specializzazione, come fu notato egregiamente dal DUPLESSIS, opererebbe lo stesso effetto come se l'articolo fosse cancellato: e ciò per la ragione semplicissima che allora non si avrebbe semplicemente una consuetudine in forma scritta, ma addirittura un titolo costitutivo vero e proprio. La consuetudine di Metz all'art. 22, tit. 13, e quella d'Orléans agli art. 227 e 228 stanno anch'esse per la destinazione risultante da forma scritta: senonchè la consuetudine di Parigi, stabilendo che la destinazione del padre di famiglia vale titolo quando è *od è stata* accertata per iscritto, con questo veniva ad ammettere la possibilità d'una prova testimoniale che affermasse la passata esistenza dell'atto scritto. Tra chi ravvisò affatto oscura quest'ipotesi attinente al passato e chi ammise la prova testimoniale per far risultare della passata esistenza di un documento scritto sorse quasi moderatrice l'opinione del POTHIER, il quale permise a tal riguardo la prova testimoniale, sol quando la perdita del titolo scritto fosse originata da incendio, rovina od altro caso di forza maggiore, e con molte cautele, per evitare le false deposizioni, la cui facilità in materia

Digitized by Google

di stato di fatto di un dato fondo non esporrebbe a rischio alcuno in caso di contraddizione di altre prove. Dunque è d'uopo ritenere che, se prova testimoniale era ammessa, questa non dovesse avere per oggetto lo stato attuale dei fondi e gli atti costituenti rapporto di servitù da un fondo all'altro, ma soltanto la visione del documento scritto dal quale resultasse la costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia; come suole accadere quando si tratta di provare a mezzo di testimoni l'esistenza di qualche documento distrutto per casi di forza maggiore. La dottrina anzi guidò la giurisprudenza sopra il terreno più libero della prova testimoniale dello stato di fatto, persino interpretando la rigorosissima *coutume* di Metz: si ammise che la presenza di contrassegni reali dinotanti la servitù (come stipiti esterni, canali, stillicidi) potesse surrogare la prova scritta. Lo stesso POTHIER non fu alieno dal far prendere all'interpretazione delle *coutumes* questo indirizzo; allorquando ammise che, per lo smarrimento della prova scritta in caso di forza maggiore, la prova testimoniale dovesse essere rivolta, non già a provare l'esistenza del documento scritto, ma a provare lo stato di fatto dei fondi tra i quali dicevasi intercedere il rapporto di servitù. Per tal guisa il punto di vista si spostò; e, quando pur non cadde nella questione ben diversa della prescrizione come modo d'acquisto, per lo meno si condusse all' esame dello stato di fatto indipendentemente dall'atto scritto; venendo così a render vano il decorso di tempo necessario a prescrivere sulla base appunto di quello stesso stato di fatto che si riteneva servire di surrogato all'atto scritto, in quanto si traduceva nella prova testimoniale dei fatti costituenti esercizio di servitù.

Altre consuetudini ammettevano le servitù per destinazione bensì del padre di famiglia, ma senza prova scritta ed esclusivamente nell'ipotesi di divisione: tali quelle del Lodonese (art. 1), di Normandia (art. 607) e di Turena (articolo 212) che portano l'espressione *partage* in forma di condizione essenziale per l'esclusione della necessità di prova scritta. I prospetti e stillicidi esistenti al momento della divisione (si legge in queste *coutumes*) rimangono nello stato in cui allora si trovavano, se nell'atto di divisione non fu

Digitized by Google

convenuto il contrario, escludendo espressamente l'esistenza e l'esercizio della servitù stessa: e questo significa pure, in altri termini, che, quantunque nulla sia stato espressamente stipulato in proposito coll'atto di divisione, questa è titolo legittimo per costituire la servitù in armonia colla destinazione del padre di famiglia. Lo spirito della *coutume* normanna sembrò potersi poi sicuramente tradurre nella presunzione che lo stato dei luoghi dia luogo ad una presunzione di servitù, quante volte dall'atto di divisione risulti che i due fondi, del cui rapporto di servitù si tratta, fossero appartenuti in origine ad un medesimo proprietario o *de cuius*. Le consuetudini di cui si parla, inoltre, comechè limitate per la lettera ai prospetti e stillicidi, furono intese anche relativamente a tutte le servitù apparenti: tanto più che nel processo verbale della riforma alla consuetudine di Turena, del 1559, al titolo « dei prospetti, stillicidi delle case e latrine » si sostituì questo « dei prospetti, stillicidi ed altre servitù ». Anche l'art. 609 della *coutume* normanna fu oggetto ad una interpretazione pienamente estensiva a tutte le specie di servitù. Senonchè, interpretandosi l'art. 620 di questa stessa *coutume*, si esclude la prova della costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia nel caso di alienazione a titolo particolare di uno dei due fondi, sui quali dovrebbe cadere il rapporto stesso di servitù; prescrivendosi che nell'atto di alienazione l'alienante dichiari (pena la libertà completa del fondo venduto) quali servitù intende ritenere e quali no. Senonchè ponendosi nell'art. 621, che nella casa ritenuta dal venditore le cose devono rimanere come erano prima della vendita, si autorizza l'interprete a rilevare una contraddizione non pure nella lettera, ma nello spirito altresì dei due art. 620 e 621. Due soluzioni si escogitarono per eliminare questa contraddizione: l'una di conservare al venditore le sole servitù visibili, non potendo rapporto ad esse il compratore allegare ignoranza di fatto; l'altra (che fu preferita dalla dottrina) nel senso che non si tratti di riconoscere una vera e propria servitù, ma solo di mantenere lo stato di fatto al momento dell'alienazione, con facoltà e riserva all'altra parte di contrariare questo stato di fatto non già coll'azione negatoria, ma valendosi a sua volta libe-

Digitized by Google

ramente del diritto di proprietà. La qual cosa si applica soprattutto alle servitù di prospetto. Se il concedente od alienante, al momento dell'alienazione, aveva sulla propria casa delle finestre che gli davano il prospetto sulla casa poi alienata, queste finestre dovrebbero rimanere *iure proprietatis* e non *iure servitutis*, in riguardo allo *statu quo ante;* ma l'acquirente del fondo vicino, salve le distanze e le limitazioni estranee alla servitù di prospetto, può non far chiudere quelle finestre che gli danno fastidio, ma semplicemente fabbricare ed alzare una muraglia per impedire il prospetto nel proprio fondo. Così il fondo venduto resta libero da servitù non espressamente contemplate nel contratto, e d'altra parte nella casa ritenuta dal venditore per sè le cose rimangono allo stato com'erano prima della vendita.

Un altro gruppo di consuetudini francesi ammetteva la servitù per destinazione del padre di famiglia, in ogni caso senza esigere prova scritta: al qual gruppo appartengono le *coutumes* di Dourdan (art. 72), d'Etampes (art. 73), di Melun (art. 189), di Montfort-l'Amaury (art. 84), di Reims (articolo 350) e di Sedan (art. 379). Si trovarono tuttavia difficoltà nell'ammissione della prova testimoniale per somma superiore alle lire 100, divietata dall'ordinanza di Moulins del 1566 (art. 54), posteriore di qualche anno alla riformagione delle *coutumes* di Dourdan, d'Etampes, di Melun, di Montfort-l'Amaury, di Reims; avvertendosi come la legge posteriore deroghi all'anteriore. Si credette di poter eliminare questa difficoltà con una distinzione (1): se le due case appartenessero ad uno stesso proprietario e non si esibisse la prova scritta della posteriorità della costituzione della servitù alla divisione, la servitù dovrebbe sussistere anche senza bisogno di prova testimoniale per presunzione naturale che i luoghi fin dall'epoca della divisione esistessero nello stato in cui sono; che se non vi fosse prova scritta della riunione delle due case nella stessa mano, l'ammissione della prova testimoniale di questo fatto e della destinazione del padre di famiglia contrasterebbe a quella ordinanza. Con questa soluzione pratica dei giuristi il titolare della servitù, attore

(1) MERLIN, *Répertoire*, v. *Servitudes*, § XVIII, art. II.

Digitized by Google

nell'azione confessoria e convenuto nella negatoria, nel caso che i fondi tra i quali cadrebbe il rapporto di servitù fossero in origine appartenenti ad un medesimo proprietario, avrebbe assai miglior giuoco di prove dell'altra parte: il che quanto conferisca alla eguaglianza procedurale delle parti stesse non si sa troppo ben vedere. Ma i pratici non badavano troppo all'eguaglianza procedurale delle parti: quando potevano trovare una soluzione procedurale che accomodasse alla meglio le difficoltà giuridiche, vi si attaccavano senza sofisticare troppo sulla esattezza e sulla precisione del linguaggio e senza rendersi conto delle eventuali stonature e delle sconcordanze di diritto e di fatto: ad ogni modo la presunzione che al momento della divisione i luoghi si trovassero nello stato medesimo in cui erano dopo, e cioè al momento della controversia sulla servitù, è una presunzione del tutto arbitraria e non è certamente l'eco della prescrizione di tenere alla morte del testatore tra i fondi quegli stessi rapporti che vi erano prima; perchè il precetto imperativo non è la stessa cosa di una presunzione, sia pure che corrisponda allo stesso concetto predominante e che sia presunzione di adempimento del precetto stesso. È tuttavia da avvertirsi che, pure abbandonando queste presunzioni, la destinazione del padre di famiglia si regge da sè e manifesta da sè la propria efficacia, anche all'infuori di ogni scritto e all'infuori di ogni decorso di tempo; poichè altrimenti, nel primo caso, si cadrebbe sotto l'ipotesi del titolo, e, nel secondo, sotto l'ipotesi della prescrizione: e titolo e prescrizione che a loro volta, indipendentemente dalla destinazione del padre di famiglia e non meno di questa destinazione, sono o possono essere cause e modi di costituzione delle servitù.

Dove le consuetudini tacevano, e per naturale sfavore a coartare la libertà dei fondi e per omaggio alla *coutume* di Parigi riformata, l'opinione comune propendeva per l'esclusione della destinazione del padre di famiglia come modo di acquisto della servitù: e difatti l'ammettere la destinazione solo grazie al concorso della prova scritta significa più veramente ammettere il titolo e non la destinazione. Il tempo che dimostra anche gli inconvenienti dell'empirismo doveva naturalmente far comprendere che era tempo ormai di ab-

Digitized by Google

bandonare gli equivoci e di mettersi senza esitazione per una via ben decisa. Sopravvenne così il Codice napoleonico che unificò la legislazione civile della Francia in base non solo alle consuetudini, ma anche, e più, alla elaborazione dottrinale, specialmente del POTHIER, con un salutare ritorno al diritto romano e in ispecie alle leggi 30, Dig. 8, 2, e 7, Dig. 8, 4, che si credettero costituire un più diretto riferimento e un più forte addentellato al congegno della destinazione del padre di famiglia. L'articolo 692 di quel Codice dispone che la destinazione del padre di famiglia, riguardo alle servitù continue ed apparenti, tenga il luogo di titolo; l'art. 693 che non vi è destinazione del padre di famiglia, se non quando sia provato che i due fondi attualmente divisi appartenessero per lo passato ad uno stesso proprietario e da questo le cose fossero state poste nello stato dal quale attualmente risulta la servitù; l'art. 694 che se il proprietario di due fondi, tra i quali esista un segno apparente di servitù, dispone di uno di essi senza che il contratto porti alcunchè circa la servitù, questa continua ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato o sul fondo alienato. Qui s'intende per segno apparente di servitù non già il segno di una servitù che realmente esista (poichè *res sua nemini servit*), ma il segno di uno stato di fatto che corrisponderebbe all'esercizio di una servitù, se una servitù fosse possibile: ma poi il linguaggio dell'articolo stesso s'intorbida sicuramente, dove è detto che la servitù continua ad esistere, quasichè sino allora, e per l'addietro, quando i due fondi appartenevano ad una stessa persona, la detta servitù avesse esistito in qualche modo. Questa è vera improprietà di linguaggio, che il nostro legislatore ha saputo negli art. 632 e 633 bene evitare; disponendo nell'ultimo di detti due articoli doversi la servitù ritenere non già continuata, ma stabilita *ex integro* in conseguenza della condotta del disponente.

Digitized by Google

CAPO I.

Stato visibile e permanente.

97. Concetto generale. — 98. Legislazione comparata. — 99. Servitù legali. — 100. Visibilità patente. — 101. Eccezione per le servitù negative. — 102. Influenza e regolazione dei rapporti vicinali.

97. Per la costituzione della servitù in conseguenza d'una destinazione del padre di famiglia anteriore alla divisione di due fondi e perdurata fino al momento della divisione dei fondi stessi, occorre anzitutto un requisito: quello dello stato visibile e permanente. Questo requisito non è però da confondere con quello della continuità e dell'apparenza delle servitù alle quali la destinazione stessa si riferisce. E qui è necessario richiamare il concetto o il quesito sulla necessità che debba trattarsi o meno di servitù continue ed apparenti per aversi la possibilità della destinazione del padre di famiglia come costitutrice del rapporto. Una risposta anzitutto viene spontanea ad un tale quesito: ed è che, non essendo queste condizioni o questi requisiti imposti negli art. 632 e 633 del nostro Codice civile, non si debbano arbitrariamente ritenere necessari dall'interprete: senza che valga in contrario presunzione di sorta, favorevole alla cosiddetta naturale libertà dei fondi. Imperciocchè il legislatore ha ben detto che cosa egli voleva e che cosa egli pretendeva a questo proposito. Egli non parlò, è vero, di segni apparenti: ma, quando allo art. 633 tenne proposito di non-esistenza di alcuna disposizione relativa alla servitù, evidentemente venne ad ammettere la necessità di segni apparenti, per i quali la servitù dovesse e potesse in modo non equivoco risultare. Ricordiamoci sempre che il nostro legislatore non ha voluto riprodurre la disposizione dell'art. 692 Codice francese, in forza della quale solo a riguardo delle servitù continue ed apparenti era ammessa la destinazione del padre di famiglia come elemento costitutivo; ma ricordiamoci sempre che non sempre ai legislatori, per via diretta, è dato, per quanto essi vogliano girar la posizione, fare *de albo nigrum* e *de nigro album.*

Digitized by Google

È da vedersi pertanto con maggiori indagini, se si possa egualmente prescindere dai segni apparenti dello stato di fatto, dal quale risulta la servitù. Procedendo con argomentazione *a contrario*, supponiamo per un istante che non vi sia segno esterno ed apparente che un tale stato di fatto riveli, e vediamo di risolvere la controversia con un esempio. Si tratta, ad esempio, del divieto di fabbricare a un'altezza determinata: divieto ch'è materia di servitù e che è dallo art. 618 addotto come esempio di servitù non apparente. Il terzo che non sa di questo divieto, vede bensì che ad una determinata altezza il fondo non si eleva, ma non può certamente sapere che ciò sia effetto di un vincolo di servitù, anzichè di libera elezione del proprietario di quel fondo che non raggiunge l'altezza stessa; e per tal ragione si dice che all'osservatore, e anzi a tutti gli osservatori che siano estranei alla costituzione e all'esercizio della servitù, questa non apparisce con segni esterni. Or veggasi bene se una tal servitù può essere il prodotto della destinazione del padre di famiglia. Io posseggo due case vicine: per molti e molti anni non sopraelevo l'una di esse a livello dell'altra oppure sopra al livello dell'altra. In seguito vendo ad un terzo l'una di queste due case, e precisamente quella più bassa, nel caso che esse siano disuguali l'una dall'altra. Or questo terzo, nell'atto che acquista la casa più bassa, se nel contratto non si fa menzione di una tale servitù, mai più, per quanto abbia fervida fantasia, può immaginare che la casa sia stata destinata alla non sopraelevazione e che per conseguenza gravi su di essa una servitù di questa fatta. E il fargli carico di una servitù di non-sopraelevazione per destinazione del padre di famiglia, sol perchè egli al momento dell'acquisto non si è informato se esistessero o meno delle servitù o degli stati di fatto preliminari o preludianti alle servitù, ma non apparenti sul fondo, equivarrebbe perfettamente ad un tranello, ad un agguato indegno della buona fede colla quale devesi procedere nelle contrattazioni. Molte volte si tratterebbe di un ricatto per pretendere poi dall'acquirente una nuova somma di denaro per l'affrancazione del fondo acquistato dalla pretesa servitù: oltredichè le prove della non-destinazione sarebbero in tal caso più difficili di quelle della destinazione cor-

Digitized by Google

rispondente allo stato di fatto della servitù. Quando invece l'aspirante all'acquisto si reca sul posto e trova i due fondi in tale rapporto tra loro, che, separatane la proprietà tra due proprietari, le cose non possano più proseguire nel rapporto di fatto in cui prima trovavansi, senza implicare un rapporto di servitù; oppure lo stato di fatto non si possa alterare o sopprimere ad arbitrio dell'acquirente di uno di detti fondi senza danno diretto del proprietario dell'altro fondo, il quale si troverebbe per tal modo scompigliato col perdere il dominio della servitù, ovvero senza produrre un danno all'acquirente, se questi s'intendesse privato dell'esercizio della servitù attiva: in ciascuna di tali ipotesi il perturbamento grave, conseguenza dell'egoismo dell'una delle parti deve cedere alla apparenza dello *statu quo ante* e al momento dell'alienazione. E perchè? Evidentemente perchè l'acquirente, recandosi sul posto prima dell'acquisto, avrà dovuto esaminare lo stato delle cose e riflettere sul rapporto di fatto tra un fondo all'altro: permodochè, non avendo regolato poi nel contratto di vendita la libertà del fondo prossimo a divenire proprio al momento del trapasso, s'intenderà ch'egli abbia implicitamente voluto accollarsi questo stato di fatto e la conseguenza che ne deriva, cioè a dire la sofferenza di una vera servitù. Per il proprietario del fondo dominante, ancor più regge questa considerazione: perciocchè se egli avesse voluto allontanare da sè la servitù futura, avrebbe dovuto far cessare lo stato di fatto da cui può sorgere la servitù, cambiando destinazione ai due fondi e i rapporti di fatto tra l'uno e l'altro di essi, prima di mettere in vendita o l'uno o l'altro. Lo aver voluto egli mantenere questi rapporti e questa destinazione significa evidentemente che, dato lo stato di fatto apparente, al compratore di quello dei fondi che si pone in vendita si vuol dare il modo di ottenere ed esercitare il diritto di servitù, senza che il venditore proprietario del fondo serviente possa mai lamentarsi di un gravame da lui inaspettato e da lui non potuto prevedere.

98. L'art. 692 del Codice Napoleone fu stereotipato sull'art. 350 della *coutume* di Reims e contiene una disposizione d'ordine generale, relativa alle servitù continue ed apparenti,

Digitized by Google

per le quali, dicendosi che la destinazione del padre di famiglia tiene luogo di titolo, evidentemente non si esige titolo di sorta, quando di questa destinazione possa giuridicamente risultare. E l'art. 694, quantunque, determinando la portata e il significato giuridico dei segni apparenti di servitù nel caso di silenzio, in ordine all'esistenza della servitù di cui si tratta, nel contratto di alienazione di uno di essi, non ritorni sul requisito della continuità; tuttavia evidentemente non vi ritorna sol perchè non era affatto opportuno insistere, nel caso speciale, sulla regola generale, ma non perchè intenda che nel caso speciale di contratto per alienazione di uno dei fondi si possa fare a meno di quel requisito. I segni apparenti sono l'indice esatto della destinazione del padre di famiglia, la presunzione *iuris et de iure*, fondata sull'oggettività del fenomeno, che il proprietario dei due fondi (il quale prima dell'alienazione avrebbe potuto far cessare questo stato di fatto) volle preparare il terreno alla costituzione di un rapporto di servitù e all'esercizio pratico di essa. Se la servitù non fosse apparente, evidentemente segni apparenti non si potrebbero avere; e la semplice destinazione di fatto del padre di famiglia, senza l'appoggio di una dichiarazione esplicita, assai evidentemente non potrebbe bastare come mezzo di costituzione della servitù: il che non toglie il requisito della continuità. La redazione poco felice di questo articolo 694 fece credere per un momento che la servitù coi suoi segni esterni caratteristici fosse preesistita all'unione della proprietà dei due fondi in uno stesso proprietario, che fosse rimasta assorbita nella proprietà durante il periodo in cui a quest'unico proprietario i due fondi appartenevano, e che quindi fosse rivissuta all'epoca dell'alienazione, grazie alla nuova separazione della proprietà su di quelli. Secondo questa opinione l'ipotesi dell'art. 694 differirebbe appunto da quella dei due articoli che lo precedono, per questo, che gli altri due articoli contemplano servitù le quali non esistevano prima che i due fondi fossero stati riuniti in una sola mano (1). Ma si osservò assai acutamente che, se, data la confusione

(1) Questa opinione seguì anche il DURANTON, *Cours de droit civil*, vol. III, § 570.

Digitized by Google

della servitù colla proprietà, quella fosse rivissuta per destinazione in occasione d'una posteriore alienazione del fondo da parte del proprietario che li riunì entrambi nelle proprie mani, questa sarebbe stata materia della disciplina della confusione (art. 705), anzichè della costituzione di servitù, poichè si sarebbe in quell'articolo dovuto disporre che l'estinzione delle servitù per confusione non avrebbe dovuto produrre un effetto irrevocabile, ma solo transitorio durante la riunione della proprietà dei due fondi in una medesima persona, nell'ipotesi che i segni esterni di quella servitù fossero apparsi senza interruzione dall'epoca anteriore alla estinzione della servitù fino all'epoca dell'alienazione del fondo in parola, attraverso il periodo di riunione della proprietà dei due fondi in una medesima persona (1).

Il mal seme dell'empirismo casistico, fondato su equivoci e sopra giuochi di parole, non volle toglier la presa neppure dal Codice napoleonico, credendo ancora di aver che fare colle *coutumes* e specialmente colla *coutume* di Parigi prima e dopo la riformagione: e fu soprattutto il PARDESSUS (2) colui che, prendendo in esame l'art. 693 del Codice, ritenne che quest'articolo non esclude la prova testimoniale e con ciò troncò le vecchie questioni ch'erano sul punto di rinascere; osservando con molto acume che, se nel caso fosse necessaria una prova scritta, si avrebbe un vero e proprio titolo di costituzione della servitù e non la destinazione semplice del padre di famiglia, risultante da uno stato di fatto visibile. Le antiche consuetudini, per quanto abbiano potuto contribuire alla formazione del Codice francese, tuttavia, essendo state da questo Codice completamente abolite, non possono evidentemente spiegare più in modo alcuno, neppure indiretto, l'efficacia loro: l'art. 693 parla di prova in genere, ma non fa distinzione di prova e determina soltanto le prove che si debbono fare per avere la constatazione della destinazione del padre di famiglia, nel senso che entrambi i fondi abbiano per lo addietro appartenuto ad un medesimo proprietario e che il proprietario stesso, nei rapporti tra i due fondi,

(1) MERLIN, *Répertoire*, v. *Servitudes*, § XIX.
(2) *Traité des servitudes*, n. 394.

Digitized by Google

abbia messo le cose in modo da preparare per l'epoca della separazione della proprietà dei fondi la figura giuridica della servitù, anche senza una diretta e perfetta previsione e dell'epoca e del fatto e delle sue conseguenze giuridiche.

È quasi superfluo osservare che il Codice delle Due Sicilie (art. 613-615) riportò testualmente queste disposizioni, e che il Codice parmense (art. 543), l'albertino (art. 650-652) e l'estense (art. 601-602) le seguirono con varie modificazioni. Gli art. 632 e 633 del vigente Codice civile italiano, per vero dire, pure accogliendo le stesse massime, portarono a quelle dei considerevoli miglioramenti. All'art. 651 del Codice albertino si trova riprodotto integralmente l'art. 693 del Codice francese, con due aggiunte soltanto: l'una relativa al genere di prova, poichè si dice in forma espressa che qualunque genere di prova basti; l'altra relativa allo stato delle cose tra i due fondi, poichè le cose dovrebbero essere state poste ovvero lasciate nello stato dal quale risulta la servitù. Sulla opportunità di queste aggiunzioni conviene anzitutto avvertire che l'art. 693 del Codice Napoleone parlando genericamente di prova non indicava la specie della prova necessaria e perciò le autorizzava tutte egualmente; e, quanto allo stato delle cose, che collo accennarsi a cose lasciate si vuole evidentemente alludere ad uno stato precedente a quello, in cui entra in campo il proprietario che raccolse sotto la sua proprietà entrambi i fondi. Or noi vedemmo come sia perfettamente inutile questa ipotesi, fatta per rendere omaggio ad una strana interpretazione dell'art. 694 del Codice Napoleone: per la qual cosa il Codice albertino, neppure questa volta, si trovò di aver presentato un'aggiunta degna di esser presa in considerazione come veramente influente sulla posizione giuridica. Il francesismo *il n'y a destination du père de famille* chiaramente però si riprodusse, malgrado gli sforzi d'emancipazione, dall'art. 693 del Codice Napoleone nell'articolo 651 del Codice albertino, come nell'art. 614 delle Leggi civili delle Due Sicilie. Il Codice parmense molto più chiaramente e più italianamente disponeva all'art. 543, enunciando separatamente le due condizioni richieste per la costituzione delle servitù a mezzo di destinazione del padre di famiglia: vale a dire l'appartenenza dei due fondi ad un medesimo

Digitized by Google

proprietario, nello stato, dal quale apparisce poi la servitù; e la disposizione di uno di detti fondi fatta dal proprietario senza dichiarazione alcuna relativa alla servitù stessa. Si tralasciava del tutto l'ipotesi fantastica e inutile della preesistenza di un rapporto di servitù tra i due fondi, anteriormente alla riunione della proprietà di essi in una persona stessa. L'art. 632 del Codice vigente poi ripudiò la forma francese del periodo negativo, e, attenendosi alla positiva del Codice parmense, tenne però fermo il concetto di *qualunque genere di prova* e dell'aver *lasciato* (oltrechè posto) le cose nello stato dal quale risulta la servitù: dai quali due punti il Codice albertino trasse la sua poca originalità di fronte al Codice francese, che copiò poi il resto sin nella forma del periodo. Peraltro, lo essersi nel Codice albertino (art. 652) previsto il caso di sola alienazione di cui sia stato oggetto l'uno dei due fondi prima costituiti in rapporto di servitù, avendo fatto dubitare che la efficacia della destinazione come costitutiva di servitù non potesse riconoscersi nella divisione tra coeredi (senza andare a ricercare tanto per il sottile se questa potesse o no considerarsi come alienazione), rese possibile anzi necessaria una più comprensiva e generica espressione nel nostro Codice, che accennò alla cessazione della appartenenza dei due fondi ad un proprietario medesimo, vale a dire a qualsiasi forma di trasferimento così *inter vivos* come *mortis causa*.

Il merito di esserci emancipati nella determinazione del concetto di destinazione da ogni raffronto col titolo, che sembrava invece un punto di vista fondamentale secondo l'articolo 543 del Codice parmense e l'art. 613 delle Leggi civili delle Due Sicilie, appartiene anche al nostro Codice, ma non esclusivamente, nè per primo; seppe emanciparsene l'art. 692 del Codice Napoleone come seppe emanciparsene l'albertino. Questa formola indipendente della destinazione del padre di famiglia è un nuovo passo nella storia del concetto della destinazione stessa. Il ravvicinamento della destinazione al titolo non è che la conseguenza della prescrizione anteriore della prova scritta come mezzo per constatare la destinazione: l'emancipazione della destinazione dal titolo è per contrario legata intimamente all'abolizione della necessità d'una prova

Digitized by Google

scritta per la destinazione stessa. Dato questo processo di parallelismo, è facile concludere che il titolo nella destinazione della servitù, storicamente, si presenta come anteriore alla destinazione del padre di famiglia: e invero, a tacer d'altro, l'*heredium* essendo inalienabile secondo la consuetudine dell'antichissima vita romana, e dovendo ereditarsi in seno alla stessa famiglia alla quale sin dall'origine apparteneva, insieme spesso anche ai beni disponibili, non poteva normalmente offrire occasione per applicare alla costituzione d'una servitù su di esso o a favore di esso il concetto della destinazione del padre di famiglia. Forse i fondi più vasti e le agglomerazioni territoriali si fondarono per aggiunzione di parti di terreno a questi nuclei culturali che proseguirono a rappresentare altrettanti centri di ripartizione territoriale. Ma l'ampliamento di questi *heredia* doveva avvenire necessariamente a scapito degli *heredia* vicini; talchè l'argomento in sostanza non può avere alcun valore. È meglio stabilire in genere che le unità culturali, dipendenti dalla destinazione di un padrefamiglia solo, d'ordinario si formano per aggiunzione, al fondo più antico ad essere in potere del proprietario medesimo, di altri fondi che vi si aggiungono e la cui utilità culturale deve a quei primi coordinarsi: talchè di rado accada che il proprietario di un fondo sposti il centro e la base unitaria delle sue culture su di un altro fondo sopravvenuto più tardi e da cui per solito si ripromette nuovi profitti, in ordine all'intrapreso sistema colturale. E da questo punto di vista, la servitù si presenta come conseguenza di due fatti diversi: il diritto contemporaneo di proprietà sui due fondi in rapporto di servigio materiale e col segno di questo servigio (come direbbe il Romagnosi) e il disporre di uno dei fondi stessi o tra vivi o per causa di morte; fatti che non sono direttamente nè principalmente rivolti alla costituzione d'una servitù, poichè può ben darsi che una servitù futura non fosse neppure in mente del proprietario, allorchè riuniva in sè la proprietà dei due fondi od allorchè di uno di quei fondi disponeva abbandonandone la proprietà.

Da questo stato di cose la servitù deriva e scaturisce come il ruscello dalla fonte, senz'altro atto o dichiarazione di volontà da parte nè di colui che trasmette nè di colui che riceve la

Digitized by Google

proprietà del fondo stesso. In altri termini, si tratta di un fatto meramente conseguenziale e che può essere considerato e può essere anche in sè indipendente dalla volontà del proprietario dei due fondi. Diversamente accade quando vi è un titolo: questo è un atto appositamente diretto alla costituzione della servitù e la sua efficacia è rivolta unicamente nella sfera della servitù stessa, per la cui costituzione fu ammanito; e, sebbene la destinazione sia anch'essa costituita da fatti volontari, tuttavia la direzione della volontà è diversa nell'un caso e nell'altro, e certamente imprime un diverso carattere al negozio giuridico, o almeno alla formazione di esso dai vari elementi che lo compongono.

99. Fu detto che la destinazione del padre di famiglia possa modificare la portata di una cosiddetta servitù legale affermativa, e non negativa; poichè quest'ultima non risulta da segni esteriori. Noi non possiamo dissentire da questa opinione, purchè la destinazione del padre di famiglia riguardi delle modalità di esercizio le quali non alterino l'essenza del rapporto necessario, che pel regolamento generale de' predî la legge volle di sua autorità determinare. Altrimenti, la destinazione della legge, che a sua volta non cozza mai colle condizioni di natura di cui anzi ben sovente è l'eco, verrebbe contrariata dalla destinazione dell'uomo, e cesserebbe quell'omaggio al provvedimento generale e sistematico al quale la legge mira nell'interesse di tutti i consociati.

La distinzione che a questo riguardo il Borsari (1) fa tra servitù legali che sono la espressione d'un sistema e servitù legali che sono regolative in sussidio delle convenzioni non sembra nè giovevole nè esatta: comechè non sia da negarsi esservi delle servitù legali, le quali più delle altre possono ricevere l'impressione dal fatto dell'uomo e meno delle altre stentano a modificarsi. All'infuori però di questa maggiore o minore facilità d'intromissione dell'uomo, non sembra che, teoricamente o praticamente, debba farsi una distinzione qualsivoglia da categoria a categoria di servitù legali, le quali, o necessarie o secondarie (come le distingue il Borsari),

(1) *Commentario al Cod. civ.;* art. 632-633, § 1301.

Digitized by Google

obbediscono tuttavia ad un solo concetto informatore: al concetto che, indipendentemente dalla volontà dell'uomo, si trovino costituite per volontà della legge. Che del resto la destinazione del padre di famiglia possa modificare la portata di una servitù legale affermativa e non d'una servitù legale negativa, è evidente: poichè il padre di famiglia, proprietario dei due fondi che poi verrebbero ad essere dominante e serviente, rispettivamente, nella posizione di servitù, evidentemente non può imporre a sè stesso delle privazioni, delle limitazioni nel contemporaneo godimento o sfruttamento dei due fondi: tuttociò ch'ei non fa non apparisce come destinazione dei suoi fondi ad uno piuttostochè ad altro genere di coltura o di utilizzazione in genere, appunto perchè non apparisce affatto allo sguardo dei terzi che osservano, e che, non trovando segni positivi apparenti, non possono neppure avvisare al capriccio del proprietario.

La destinazione che abbia tali effetti quali si riscontrano dopo la vendita di uno dei due fondi, per essere valida ed efficace a quest'uopo, dicono, dev'essere tacitamente ossia implicitamente accettata dall'acquirente: la qual cosa niuno per vero può seriamente porre in dubbio. Senonchè, rimettendo in campo la constatazione del requisito dei segni visibili ed apparenti, l'accettazione di cui ora si parla non è un elemento staccato e a sè stante che si diparta dalla volontà dell'acquirente del fondo e dalla sua mente cada quasi sull'oggetto della contrattazione; ma è piuttosto un riverbero di quello stato di cose, un riflesso della condizione del fondo comperato sulla coscienza e sulla volontà dell'acquirente. Questi, certamente indotto dallo stato di fatto e quindi anche dai rapporti tra i due fondi, si risolve a comperarne uno: si direbbe quasi che un tale stato di fatto, corrispondente allo stato di servitù eserciti su di lui, non meno delle altre circostanze, un'influenza decisiva siffattamente, da determinarlo all'acquisto. Non è dunque superfluo venir fuori coll'idea del consenso tacito, quando quelle circostanze alle quali vorrebbe riferirsi il consenso, possono addirittura aver rappresentato per l'acquirente delle cause determinanti anche della sua iniziativa o proposta contrattuale? In tale ipotesi si avrebbe ben più e ben meglio di una semplice adesione, di una accet-

Digitized by Google

tazione implicita: sarebbe come dire che l'acquirente accetta il fondo nella sua estensione, nella sua topografia, nella composizione dei suoi strati sotterranei, perchè una data destinazione è come parte del fondo al quale si riferisce e della cui economica utilità o forza di sfruttamento rappresenta uno dei primi fattori. Coll'accettazione un tale stato di cose ha questo di comune, che precisamente non può conciliarsi con un'accettazione espressa: ma, del resto, ciò non giustifica il concetto che l'entrare in una tale orbita di fatto e l'acquistare un fondo che si trovi in simili condizioni equivalga altresì ad un'accettazione tacita di queste condizioni stesse. Una tale accettazione, se vi fosse, non avrebbe infatti da esercitare funzioni di sorta alcuna, perchè vi è un'accettazione sola in giuoco, ed è l'accettazione nel contratto di compra-vendita immobiliare, che ha per oggetto il fondo in tutte le sue qualità e determinazioni e in tutta l'estensione dello sfruttamento di cui nelle sue condizioni di fatto è suscettibile. Non vi è a riguardo della servitù neppure un patto aggiunto separatamente alla vendita, per cui possa dirsi che occorra ricercare nuovi e separati requisiti di consenso e di adesione.

100. Un punto di grande importanza è questo. Dato che il pubblico dei compratori debba essere posto in guardia circa l'esistenza di uno stato di cose dal quale risulti servitù tra i fondi, perchè esso stesso veda un tale stato di cose e ne faccia tesoro di osservazioni e d'indagini circa un'eventuale costituzione della servitù stessa per destinazione del padre di famiglia: in tale ipotesi dunque sembra debbasi trattare senza dubbio di segni visibili ed apparenti, che non possono cioè non risaltare allo sguardo dell'osservatore. La legge non fa parola di segni visibili ed apparenti, ma non sembra esservi d'uopo di una disposizione espressa, per venire ad una tale conseguenza: lo spirito della legge supplisce ampiamente, dimostrando che all'infuori di questa condizione di cose sarebbe ingiusto, illogico attribuire una tale efficacia alla destinazione del padre di famiglia. Senonchè, data la necessità di segni di destinazione visibili ed apparenti, è egli necessario che nell'ipotesi si tratti di servitù apparente? Per

Digitized by Google

quanto si voglia almanaccare colla fantasia, di una servitù che si appalesi con segni visibili e apparenti, ma che tuttavia apparente non sia ai termini dell'art. 618 Cod. civ., non è possibile neppure volgervi il pensiero senza contraddizione; dal momento che non per altro una servitù ritiensi apparente se non in quanto si manifesta con segni visibili. Noi apprezziamo lo sforzo di mente che la profonda convinzione suggerisce al BORSARI (1) per affermare che la destinazione del padre di famiglia può anche servire come mezzo costitutivo di servitù discontinue e non apparenti: ma ci sembra che non valga giuocare di sottigliezza per venire ad una conclusione che non può reggere, perchè falserebbe lo scopo della legge. Noi non dobbiamo cercare il merito della corona civica per la scienza astratta, quando l'applicazione pratica ci dà maledettamente la patente di astruseria o di vaniloquio. Che il legislatore italiano abbia pensatamente omesso la menzione espressa dall'art. 692 Cod. francese, secondo il quale solo per le servitù apparenti era ammessa la destinazione del padre di famiglia come costitutiva di servitù, dovrebbe ritenersi non solo possibile, ma certo; partendo dal punto di vista che un legislatore non può senza ragione omettere requisiti che fanno parte di una legislazione dalla quale pur si trasse la parte sostanziale e che deve considerarsi col diritto romano una delle nostre fonti principali, e anzi una delle fonti principali del diritto comune. E può anche darsi che in buona fede il nostro legislatore siasi lusingato di emanciparsi qui dalla tirannide del Codice napoleonico, sol per aver soppresso l'inciso relativo: che questo debba qualificarsi tra quei fenomeni d'incoscienza, dei quali non di rado gli stessi legislatori sono vittima, non osiamo per rispetto di noi stessi e degli altri affermarlo; ma certamente ci sembra di non essere lontani dal vero venendo alla conclusione che il legislatore non potesse decampare assolutamente da quella necessaria condizione di applicabilità della destinazione del padre di famiglia come costitutiva della servitù, e che forse nel suo silenzio si è ispirato ad un equivoco. Purtroppo a questo riguardo vi è occasione di vedere come e quanto sia insufficiente la lettera della

(1) *Commentario al Cod. civile;* art. 632-633, § 1300.

Digitized by Google

legge a introdurre riforme, le quali non hanno possibilità alcuna di attuazione e che non potrebbero se non isconvolgere dalle fondamenta tutto quanto l'edifizio, la cui costruzione si aggira con criteri di dialettica perfetta intorno a un tipo che la dottrina e la giurisprudenza hanno ben precisamente delineato.

Vediamo ora se quanto si è detto per il requisito dell'apparenza debba o possa estendersi anche al requisito della continuità. Prima di tutto notiamo che questo criterio abitualmente rimane attenuato, sostituendolo con quello della semplice permanenza: per cui vorrebbesi sostenere che lo stato di fatto, dalla cui conservazione deve poi derivare la costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia, dev'essere semplicemente permanente e non occorre punto che accenni ad una vera e propria continuità, nel senso di durata senza limiti previsti o prevedibili. Opera permanente invece, più che dalla destinazione di chi la fece, sembra apparire tale dall'indole stessa e dall'apparenza della sua costruzione: per la qual cosa anzitutto si suol considerare come permanente ogni opera fissa, ogni manufatto che non potesse essere distrutto per semplice asportazione, ma la cui demolizione richiedesse fatiche maggiori e lavoro di eliminazione e di distruzione delle parti adiacenti o delle opere accessorie. Del resto non è necessario dettare delle regole per le quali possa conoscersi quando un'opera è provvisoria e quando non lo è: il senso pratico stesso del quale noi tutti siamo dotati basta per fornirci la misura della stabilità o meno di un'opera che apparisce ai nostri occhi. Certamente un'opera è stabile, quando per tutte le apparenze esteriori che l'accompagnano apparisce dare affidamento di non doversi rimuovere, stando alla destinazione ch'essa praticamente ebbe e che fu tradotta nel manufatto quale si vede: talchè, se trattasi di cosa provvisoria, o, come si dice nel linguaggio comune, posticcia, debba un tale stato di precarietà apparire, o per mancanza di cemento ai manufatti che allo stato permanente lo esigerebbero, o per poca saldezza di appoggi, o per mille e mille altre ragioni che non sono poi così spiccatamente tecniche da non presentarsi anche allo sguardo dei profani. La stabilità adunque, d'ordinario, risulta dalla

Digitized by Google

natura e dalla conformazione delle opere stesse, così come si presentano all'osservatore accorto e paziente, dotato della normale perspicacia. Che questa stabilità poi le più volte coincida col carattere di continua, che, seguendo la nota distinzione, si vorrebbe appropriare alla servitù di cui si tratta, è vero, ma non è interessante nè necessario in ogni caso: poichè, quantunque si esigano dei segni apparenti, questi possono essere anche dei segni mobili anzichè fissi. La servitù di passaggio, a mo' d'esempio, non presenta traccie di sorta, se non quando e finchè l'utente od utenti esercitano il loro diritto e passano attraverso il fondo gravato; talchè, se così può dirsi, i segni della servitù consistono appunto in questi semoventi che attraversano il fondo stesso e che possono, quantunque con maggior pazienza e costanza di più lunga osservazione, essere notati benissimo da un aspirante all'acquisto del fondo. Quando costui infatti si reca ripetutamente sul fondo gravato e pone mente a tutto ciò che vede, facilmente gli sarà dato scorgere una o più persone che attraversano il fondo di cui si tratta, col passo sicuro di chi può esercitarvi un diritto; persone diverse dal proprietario e dal possessore del fondo stesso. Una semplice curiosità *conditionis rei de qua contrahit* lo induce ben naturalmente a informarsi della ragione di questo passaggio presso il sovrastante o custode del fondo stesso; ed ecco che per tal modo, in seguito a segni apparenti, egli riesce ad informarsi dell'esistenza di una servitù di passaggio, che è precisamente servitù discontinua. Così dicasi, a mo' d'esempio, per la condotta di bestie al pascolo in fondo altrui: servitù ch'è, se altra mai, appariscente, per l'invasione che una quantità di capi di bestiame ovino si veggono fare sul fondo gravato: talchè, chiunque vada e vi si trattenga più d'una volta a visitarlo, è ben difficile davvero che non si accorga dell'esistenza di uno stato di fatto corrispondente alla servitù, e che, accortosene, non accorra a chiedere schiarimenti al proprietario o a chi per esso. La cosa è di prima evidenza. Se io vado in un fondo e chieggo di esaminarlo, certamente deve essermi detto quanti capi dell'uno e dell'altro bestiame, ovino e bovino, nel fondo stesso si contengono: la qual circostanza constatata, è naturale che tutti i capi di bestiame in più che si trovano a pascolare nel

Digitized by Google

fondo, debbono provenire altronde. E si potrà dire che io sia pervenuto a questi risultati senza l'aiuto di segni visibili ed apparenti, sol perchè si tratta di servitù discontinua? No certamente. Partendo dal concetto che questi segni vi debbono essere, non resta che apprezzare, in base alle indagini di fatto che sono del caso, se tali segni sono di tale entità, che in condizioni normali di accortezza e di perspicacia, non debbano sfuggire all'esame dell'acquirente, considerato come dotato delle doti ordinarie di un buon padre di famiglia.

101. Ma forse, tenendo buone queste considerazioni, qualsivoglia specie di servitù, con maggiore o minor grado di apparenza, dovrà ritenersi rivelata per segni visibili? No: sono le servitù negative sempre quelle che non appariscono per segni visibili. La servitù *altius non tollendi* lascia traccie visibili, ma soltanto negative: poichè, sebbene tutti vedano a qual livello si trovi il fondo serviente, pur tuttavia a nessuno può venire in mente d'informarsi, in circostanze normali, se e perchè quella casa non sia stata ancora sopraelevata sulla casa vicina; se e quando ed in qual misura potrà esserlo. Qui occorrerebbe proprio una curiosità eccezionale, straordinaria, e non basterebbe per fermo la curiosità normale del padre di famiglia, il quale, prima di acquistare un fondo, deve sapere che cosa acquista e quanto acquista, e se la sua facoltà di proprietario nella disposizione del fondo da acquistare sarà per essere, o meno, sottoposta a qualche limitazione. Poichè dunque non tutte le servitù lasciano traccie visibili e solo in quanto lasciano traccie siffatte, può quanto ad esse la disposizione del padre di famiglia avere effetto costitutivo; evidentemente non può essere ammesso che anche in difetto di traccie visibili si venisse a trasmettere nell'acquirente una proprietà meno piena di quella che si debba presumere allo stato attuale delle cose. Sembra persino inconcepibile che non sia balenata a tutti gli scrittori la stretta corrispondenza che intercede tra segni visibili ed apparenti di uno stato corrispondente alla servitù, da un canto, e dall'altro servitù positive che di tali segni abbisognano; poichè altrimenti sarebbero negative. E, poichè ormai ci siamo liberati dal binomio *continue* ed *apparenti*, che si rischiava di

Digitized by Google

ereditare dalla legislazione francese, ora siamo anche liberi, interpretando con vocaboli di scuola lo spirito della legge, di attribuire alle servitù di cui si tratta il doppio qualificativo di *positive* ed *apparenti*, non perchè questa nomenclatura ci sembri indispensabile in sussidio della legge, ma perchè così vogliamo chiarire e coordinare meglio lo spirito delle disposizioni legislative colle abituali distinzioni della scuola e della pratica. Non si tratta che di dare una rappresentazione concisa e quasi formolare alle parafrasi della legge per accomodarla alle nostre abitudini e alle nostre classificazioni: all'infuori di ciò il binomio non ha pretesa alcuna. Coloro che, oltre a voler la servitù positiva, la vollero anche continua, credettero forse d'introdurre un requisito di maggior rigore a carico del dominante e a favore del serviente: come se si dicesse che solo una crassa trascuratezza potrebbe far sì che l'acquirente non osservasse l'esistenza di segni visibili e non si accorgesse di ciò che continuamente apparisce. Confessiamo anche noi che la svista è assai più grande nelle servitù continue che non nelle servitù discontinue, ma vogliamo ritenere che pure in queste debba ammettersi la possibilità che la destinazione del padre di famiglia si possa appalesare alla ordinaria accortezza dell'acquirente. Noi tuttavia ammettiamo che vi possano essere casi tanto gravi di discontinuità, che il giudice possa lasciarsene impressionare e assolvere l'acquirente dall'osservanza della destinazione, quante volte apparisca che, pure usando la diligenza abituale ad usarsi in tali casi e l'accortezza ordinaria del padre di famiglia, non si fosse potuto accorgersi dello stato delle cose per quanto fortemente apparente, senza una serie di ricerche speciali ispirate da speciali sospetti e da uno speciale spirito di diffidenza, dovuto o all'avvertimento di terzi o alla condotta poco leale dell'alienante nell'intavolare i preliminari del contratto. Ma l'impossibilità della destinazione come costitutiva delle servitù non può dirsi che si verifichi in modo assoluto e generale nelle servitù discontinue.

Per le servitù negative si aggiunga anche questa considerazione pratica: che è difficile concepire tra due fondi appartenenti ad un medesimo proprietario tale uno stato di fatto, che corrisponda ad un futuro esercizio di servitù

Digitized by Google

negativa tra i due fondi stessi, quando la proprietà di ciascuno di essi si troverà presso un proprietario diverso. Un proprietario può possedere per un numero lunghissimo di anni due case vicine e tenere l'una di esse ad un livello molto più basso dell'altra, ossia in uno stato di fatto che potrebbe corrispondere alla servitù *altius non tollendi*, qualora la proprietà di ciascuno dei due fondi appartenga a persona diversa. Ora è questo un fatto di destinazione oppure un fatto completamente indifferente? Se non vi sono nel fondo più elevato delle opere tali da far supporre che per un dato sfruttamento del fondo stesso occorra tenere una delle case più alta e l'altra casa più bassa, da che si potrà arguire della destinazione? Ma, se trattasi di servitù negativa, le opere fatte sul fondo dominante non possono esser di quelle che derivino unicamente dall'intenzione di esercitare sul fondo vicino un diritto che corrisponderebbe all'esercizio del diritto di servitù, qualora questo fondo vicino appartenesse ad un proprietario diverso. Valga un esempio dei più spiccati. Io, proprietario di due case, riduco l'una di esse a funzioni di fabbrica o di opificio e però debbo munirla come la munisco di una bassa bocca da fumo per il servizio di un camino d'operazione; e l'altra casa, per non esporla all'immissione del fumo, che proviene dal condotto basso della casa-opificio, ho cura di tenerla sempre ad una certa altezza che non raggiunga il livello del fumaiuolo. Or suppongasi che un Tizio qualunque si rechi sul posto a vedere la mia casa non-opificio con intendimento di acquistarla. Vede il fumaiuolo della casa vicina e però comprende che, sopraelevando la casa non-opificio, egli verrebbe a trovarsi esposto all'immissione del fumo dalla casa vicina: quindi, acquistando la casa non-opificio certamente si espone, in caso di sopraelevazione, a sopportare la servitù di fumo. Ma non può dirsi del pari che, acquistando quella casa, Tizio debba porsi sull'avviso di un onere *altius non tollendi*, anzichè semplicemente di un eventuale onere *fumi recipiendi* in caso di sopraelevazione. Ancora, supponiamo che sulla terrazza di una delle due case io abbia costruito da molto tempo un belvedere; per il quale la vista, spaziando sull'amenità del panorama, debba e possa unicamente rivolgersi da parte della casa che intendo alienare;

Digitized by Google

essendo tutte le altre parti e le relative vedute intercluse da monti che incombono. Quando Tizio mi ha acquistato il fondo più basso, mi è dato vietargli una sopraelevazione, adducendo che questa mi toglierebbe l'uso voluttuario del belvedere, giusta la destinazione che ad esso ho assegnato nel costruirlo? Si potrebbe osservare che, dal momento che io nel vendere la casa più bassa non ho fatto menzione di questa servitù, ho inteso con ciò di rinunziare ad ogni voluttà che per la terrazza mi venisse dalla vista del panorama; oppure che implicitamente ho voluto cangiar destinazione al belvedere in colombaia o in loggia per vasi o per asciugar panni. In altri termini, la costruzione della loggia sopra il tetto non ha una destinazione precisa alla voluttà del panorama, anzichè a quella dell'aria o all'uso di appendere oggetti o panni ad asciugare e forse a quello di colombaia: talchè chi guarda non può formarsi un'idea esatta dello stato delle cose, secondo quello che apparisce, nè può essere tenuto ad almanaccare in modo da inferir proprio da tale stato un divieto di futura sopraelevazione. Una certa apparenza dunque vi è, ma non può dirsi che questa apparenza sia determinata e diretta all'*altius non tollendi*, perchè nessuna apparenza può rivelare una servitù negativa, la quale altrimenti negativa non sarebbe di certo. Ecco perchè dunque il concetto di servitù apparente deve completarsi con quello di servitù negativa e non di servitù continua: qualsivoglia opera apparente, sol perchè si trattasse di servitù negativa, non varrebbe a dare indizio certo e univoco di quella destinazione che può condurre alla futura costituzione d'una servitù. Ma d'altra parte, se si domandasse sempre il requisito della continuità insieme all'apparenza, si eccederebbe e si cadrebbe nell'inconveniente di liberare il compratore dall'osservanza di una destinazione che, sebbene non continuamente, può tuttavia essergli apparsa, col fatto, con segni non meno appariscenti ed aperti; escludendo da parte sua ogni scusa dell'ignoranza del fatto. Se un proprietario ha due case vicine, una più bassa e l'altra più elevata, non può dal solo fatto dell'avere egli per più anni mantenuto tale stato di cose, ossia trascurato di sopraelevare la meno alta, avere autorizzato una destinazione perpetua delle due case a tal livello rispettivo come sono

Digitized by Google

al momento della vendita: poichè altrimenti converrebbe scendere a questo assurdo, che un proprietario di più case vicine, non avendo cura di tenerle allo stesso livello, autorizzi con ciò la destinazione che poi dà vita alla servitù *altius non tollendi*, dopo la vendita ad un terzo del fondo meno elevato. Ma se un proprietario fa condurre le bestie altrui ogni giorno a pascolo nel proprio fondo (tanto più quando consti per testimonianze di fatto che l'aspirante compratore abbia visto coi suoi occhi un tale stato di cose o ne sia stato messo al corrente da attestazioni altrui), non soltanto perchè si tratta di servitù discontinue deve togliersi ogni efficacia costitutiva della servitù stessa alla destinazione che il venditore abbia per tal guisa dato al suo fondo. E ciò dicasi anche se le pecore che si portano nel fondo venduto appartengono ad altro fondo vicino spettante al medesimo proprietario, per gli effetti della conversione della destinazione *iure proprietatis* in destinazione *iure servitutis*. Ripetiamo peraltro che, quando i periodi che determinano la discontinuità fossero così lunghi da pregiudicare quasi la discreta apparenza della destinazione e dei fatti che ne sono la conseguenza, il giudice può, osservate le circostanze del fatto, assolvere per ragion d'equità l'acquirente dall'osservanza della destinazione considerata come costituente di servitù: purchè peraltro resti ferma la regola generale che le servitù così continue come discontinue possano costituirsi per mezzo della destinazione del padre di famiglia. Per esempio, la servitù di viatico al passaggio annuale di una data persona pel fondo altrui con molte comodità pel transito da fornirsi a cura del fondo serviente (residuo, anzi trasformazione, dell'antico diritto o prestazione feudale connessa al rapporto di vassallaggio) è senza dubbio discontinua, e per giunta è di quelle che facilmente possono sfuggire all'osservazione di un aspirante all'acquisto del fondo così gravato. Ma nel caso nostro di destinazione del padre di famiglia, padrone di due fondi dei quali l'uno poi finisce col vendersi, il viatico si eserciterebbe *iure proprietatis* e non *iure servitutis*. Però vi possono essere delle servitù analoghe a questa per la loro discontinuità di manifestazione: servitù, le quali, prima di essere oneri reali in conseguenza dell'esercizio del diritto di

Digitized by Google

servitù, non erano che manifestazioni di una destinazione del proprietario anche con efficienza di oneri reali; e queste possono sfuggire all'osservazione dell'acquirente, in quanto sono indice di una destinazione speciale e non piuttosto costituiscono l'esercizio di un semplice diritto di proprietà.

102. Certamente, non è a prendersi una tale struttura bifronte come cosa del tutto insignificante o indifferente in diritto, nè priva di qualche difficoltà. Se il fatto naturale della vicinanza dà luogo a rapporti di obbligazione da parte di chi abusa nell'esercizio del diritto di proprietà, con atti dello stesso contenuto di una pretesa di servitù attiva, anche senza affacciare nè implicitamente nè esplicitamente una tale pretesa; d'altro canto l'uso legittimo può produrre per contraccolpo nella proprietà del vicino uno stato passivo, che può considerarsi come una restrizione al diritto di proprietà, causata dallo stesso identico fatto della vicinanza. Dunque la esatta valutazione del rapporto di vicinanza in genere ed in ispecie sta anzitutto a determinare l'uso o l'abuso del diritto di proprietà e dell'esercizio di esso, distinguendo o dando il mezzo per distinguere a dovere l'uno dall'altro (1): oltre di che apertamente il concetto di necessità informa le limitazioni legali all'esercizio della proprietà, mentre le utilità sulle quali si fonda e si commisura una servitù propriamente detta (servitù convenzionale) si graduano per una scala dotata di latitudine immensa, a seconda dei bisogni per il cui adempimento la convenzione fu fatta. Dal divieto legale dello stillicidio dell'acqua piovana dal tetto della propria casa sulla casa del vicino all'acquedotto legale non si hanno che funzioni naturali del diritto di proprietà, manifestate con efficacia del tutto opposta: ma, quando l'accordo delle parti stabilisce un diritto di presa d'acqua da fondo a fondo, allora evidentemente si esce fuori dai limiti di un vero e proprio regolamento delle acque per ragione di vicinanza e si entra

(1) Ciò anche e soprattutto per diritto romano: dal che si scorge quanto sia fallace l'opinione di coloro che tengono ad uno *ius abutendi*, del quale non si avevano traccie in quel diritto genuinamente considerato; scorgendovisi invece un pieno e intiero sistema di limitazioni nell'esercizio del diritto stesso.

Digitized by Google

nel campo di cause, sulle quali non entra più l'interesse pubblico e solo ha che vedere il privato interesse. Quando il proprietario del fondo superiore trovasse utile all'agricoltura di sopprimere un riparo naturale alla forza di scolamento delle acque, dovrebbe acquistare un diritto di servitù oltrepassante la naturale disposizione dei luoghi: e così, quando volesse rimuovere un riparo artificiale, fosso o canale, da tempo antichissimo o per convenzione (insomma per uno qualsivoglia dei mezzi di acquisto delle servitù) gravante sul proprio fondo e costituente un benefizio per il fondo inferiore, in tal parte dominante, dovrebbe per questo riguardo o affrancarsi dall'onere o ristabilire il naturale deflusso delle acque secondo la natura dei luoghi. Oltre a ciò, nel caso di rapporto naturale inerte di vicinanza, il fondo danneggiato non ha diritto ad alcuna indennità, se e finchè la condizione dei luoghi non è aggravata a suo danno: poichè ogni fondo deve tenere il posto che la natura gli ha assegnato; e, se trovasi in una profonda valle, permodochè più sia il torrente che viene anzichè quello che trasmette al fondo sottostante (anzi noi, per comodo di dimostrazione, ce lo possiamo figurare tutto in una conca e ricevente i rigurgiti o rimbalzi delle sue stesse acque), non può il proprietario con manufatti rigettare da sè sui vicini, neppure in parte, l'onere derivante dalla situazione di esso fondo. Invece, quando comincia il corrispettivo, allora si comincia a scorgere l'opera della convenzione e cessa l'opera della natura. Ma, potrebbe osservarsi che, nel caso di rapporto vicinale, in cui non l'inerzia ma il fatto dell'uomo è necessario concorra, si deve indennità, come nel passaggio e nell'acquedotto necessario (art. 594 Cod. civile): senonchè ben fu notato che questa differenza in senso oneroso non importa davvero una diversità nell'indole degli istituti giuridici di cui si tratta. E qui, esaminando più analiticamente la cosa, possiamo aggiungere che certamente l'opera della natura cieca, non influenzata in alcun modo dall'opera dell'uomo, che da suo canto rimane inerte, non può produrre dei malcontenti anche tra quelli in cui quest'opera si dimostra molesta: perchè una grande legge, una legge superiore dell'ordine fisico sa governare il mondo coi suoi compensi e stabilire un equilibrio che oltrepassa di gran

Digitized by Google

lunga ogni saggezza umana. Ma l'opera dell'uomo, benchè tenti di uniformarsi all'ordine di natura e benchè sia ammessa dalla legge per ragioni d'interesse pubblico armonizzanti coll'interesse privato e colla grande economia dei possessi, non fa che sostituire od aggiungere un ordine artificiale all'ordine naturale, per quanto voglia migliorare quell'ordine stesso di natura. L'ordine artificiale sostituito dall'uomo a talune manifestazioni dell'ordine naturale, direttamente, importa poi un sensibile spostamento anche al di fuori dell'ordine speciale creato per effetto della convenzione: se due proprietari vicini convengono di alterare o modificare, nei rapporti reciproci dei loro fondi, l'ordine stabilito dalla natura per il deflusso delle acque, evidentemente, qualora la modificazione sia di una certa importanza, essi inducono i proprietari dei fondi vicini a modificare altresì i loro rapporti quanto al corso o deflusso delle acque, per coordinare in un medesimo sistema idrografico tutte le acque di un medesimo bacino. Ora, in questa sistematica distribuzione delle acque è facile vedere come il proprietario o i proprietari che cominciano a fare simili modificazioni ed hanno la priorità di tempo sugli altri (*prior in tempore, potior in iure*), evidentemente costituiscono uno stato di fatto che vincola gli altri tutti dello stesso bacino quasi ad una servitù negativa di non fare opere di proprietà che contrastino collo scopo e colla sistemazione di quei vicini che primi dettero origine e impulso alla modificazione dello stato naturale dei rapporti territoriali. Questa è bensì una servitù, che non si presta ad un tecnicismo così abituale e limitato come la *servitus altius non tollendi*, perchè appunto non siamo abituati a tenerne conto, ma che tuttavia in ragione di contenuto non differisce in modo alcuno nè da quella servitù negativa nè da altre servitù negative che noi possiamo ideare. Vi sono poi delle modificazioni che il proprietario di un fondo può fare nel proprio fondo e che i proprietari dei fondi vicini non sempre hanno agio di verificare, appunto perchè ad essi non è dato di penetrare nell'interno del fondo in cui la modificazione è stata fatta. Una livellazione od un'elevazione di suolo fatta nell'interno di un fondo, e non avvertita nè potuta avvertire dai proprietari o dai coloni dei fondi

Digitized by Google

vicini perchè eseguita di soppiatto, può produrre un più o meno sensibile o appena sensibile cangiamento in tutto il sistema delle acque nel bacino al quale appartiene il fondo nel quale i cambiamenti sono avvenuti; ma tale cambiamento può impedire ad un vicino di farne uno simile od un altro della stessa specie, perchè in tal caso gli effetti sarebbero più sensibili per altri proprietari dello stesso bacino e questi potrebbero dolersi della nuova opera. Nell'ipotesi da noi fatta si ha uno stato visibile e permanente, si ha una manifestazione esterna della volontà del padre di famiglia il quale assegna al suo fondo una destinazione tale, che da essa deve sorgere una limitazione nei poteri dei proprietari vicini. Or questo è uno stato anche permanente, o può essere permanente nella conformazione del fondo dominante; vi è anche la possibilità, non la facilità, di vederlo e di constatarlo. Può dirsi che vi sia usucapibilità della servitù attiva di non vedere alterato lo stato di fatto che si è formato grazie al lavoro compito dai terrazzieri nel fondo di cui si tratta? Certamente: nè può ammettersi che i vicini abbiano usucapito una servitù negativa, per divietarsi scambievolmente ogni modificazione allo stato territoriale, dal quale possa sorgere qualche servitù negativa in essi; conciossiachè nessuna alterazione visibile e permanente abbiano essi arrecato alla condizione naturale delle cose, per cui i proprietari dei fondi latistanti o confinanti possano essere prevenuti della diminuzione che sta per derivare da ciò al loro diritto di proprietà.

Digitized by Google

CAPO II.

Divisione di predio originario.

103. Cambiamento nello stato di fatto. — 104. Divisione per disposizione *mortis causa*. — 105. Requisiti ed esame della destinazione per divisione.

103. Il fatto che dà efficacia alla destinazione del padre di famiglia come costitutiva di servitù è semplicissimo: esso è la divisione del fondo originariamente uno, sul quale la destinazione medesima si manifestava come regolatrice volontaria dell'esercizio del diritto di proprietà; è l'alienazione della parte così divisa, oppure (lo che significa la stessa cosa) è l'alienazione di uno tra due fondi vicini sottoposti ad un medesimo proprietario. Questo fatto opera di diritto nel senso di trasformare l'esercizio precedente, che resta, come dovuto non più allo *ius proprietatis*, ma allo *ius servitutis*; trasformazione questa, la quale, comecchè non abbia alcuna attinenza collo stato di fatto, tuttavia è causa di gravissimi cambiamenti giuridici o della nuova faccia, del nuovo aspetto che l'istituto assume nella propria conformazione e nelle proprie funzioni. In altri termini il duplice fatto della divisione e dell'alienazione del predio originario, oppure il semplice fatto dell'alienazione di esso, è di per sè oggettivamente estraneo ai rapporti che intercedevano e che intercedono tuttora tra i due fondi; soltanto il cambiamento avvenendo nella proprietà dei fondi che resta divisa, ciò che prima doveva accadere *iure proprietatis*, ora accade *iure servitutis* e deve accadere e può accadere per tal guisa. Se fosse stato possibile, prima della divisione e dell'alienazione e fin dal principio, dare a quello stato di fatto una configurazione del tutto indipendente ed estranea al rapporto di proprietà, evidentemente non si verrebbe poi a giudicare necessario di cambiar configurazione giuridica all'istituto, e questo potrebbe proseguire per suo conto senza subire alterazioni di sorta. Ma il rapporto di proprietà, siccome ottimo, massimo e assorbente di ogni diritto reale sulla cosa riguardo alla quale si esplica, naturalmente non può ammettere al suo fianco un istituto che resista ad ogni cambiamento e ad ogni passaggio

Digitized by Google

da persona a persona di questo diritto prevalente, e, diremo quasi, direttivo di tutti i rapporti giuridici *in rem*. Cambiando la persona del proprietario, tutta la massa dei diritti, che antecedentemente pullulavano attorno all'attività e al perno giuridico tenuto saldo del proprietario anteriore, ora deve spostarsi e deve cercare nel diritto di un proprietario diverso come un altro pernio o centro di operazione e di attività giuridica. Questo spostamento dei centri di attività giuridica non è nuovo nè difficile a concepirsi; e, perchè appunto trattasi di destinazione data dal proprietario, ne risulta naturalmente che una tale destinazione, passando al proprietario successivo, deve armonizzare con un nuovo rapporto di proprietà, con una nuova conformazione dei diritti e del loro esercizio, per quanto sulla cosa rimanga lo stesso. Vi ha uno spostamento bensì (e gli spostamenti in diritto è molto bene evitarli); ma questo spostamento è necessario e inevitabile nel caso nostro, di fronte alle necessità di dar modo al congegno giuridico perchè risponda al meccanismo di fatto: talchè il muoversi dei vari istituti, e il concatenarsi, e l'armonizzare scambievolmente sia un prodotto di sistemazione previdente del legislatore, e non del caso nè di una cieca forza inerte.

Come dunque si presenta il cambiamento dello stato di diritto? Un proprietario di due case contigue (L. 1, Dig. 33, 3) pone tra queste due case un segno di destinazione tale, per cui, se i fondi appartenessero a due proprietari diversi, questo stesso segno potesse valere come segno di servitù. Perchè nel legato di una di queste due case si abbia un fatto costitutivo *ipso iure* di un vincolo di servitù allora allora creato, è necessario almeno che il legato sia concepito nel modo seguente: *tabernam meam, uti nunc est, do, lego.* Il legato, corrispondendo allora allo stato di fatto della *taberna*, è naturale che debba anche riferirsi alla destinazione di quella, attuale al momento della disposizione del fondo a titolo di legato: ma, o nella disposizione stessa contiensi un tale accenno allo stato attuale, o vi è una clausola espressa relativa alla servitù che s'intende di costituire. Allorchè della servitù vi è un segno apparente, ossia visibile, sembra ben logico potersi risparmiare tanto una clausola espressa di costitu-

Digitized by Google

zione della servitù stessa, quanto la clausola generica dello stato attuale da conservarsi: poichè il linguaggio o lo scritto non sono che altrettanti segni, dello stesso valore di altri segni egualmente apparenti ed egualmente univoci nel significato loro. Quale ragione potrebbe esservi in diritto nel preferire un segno anzichè l'altro? Forse la comodità, la facilità maggiore o minore della prova e l'interesse dei terzi? No certamente: la prova, quando si tratta di segni esterni e visibili, è facilissima siccome quella che risulta *ex re ipsa;* ed anche i terzi, eventuali acquirenti o comunque aventi causa, hanno agio di accorgersi di questo stato esteriore di cose e di trarne tutte le conseguenze che si presentano del caso, quella non esclusa del rapporto di servitù tra i due fondi che originariamente avevano appartenuto ad un proprietario medesimo. Del resto, quanto a solennità, potrebbero sembrare sufficienti quelle del trapasso del fondo *mortis causa* o per atto *inter vivos:* poichè il fondo, nel passare dall'autore o dal dante causa nell'istituito o nell'avente causa, deve passarvi *cum suo habitu,* vale a dire con tutte le sue qualità, e quindi anche colle servitù che vi fanno capo. Oltre a ciò quanto sa di formalità esteriori è veramente una piaga, specie delle legislazioni positive; e questa piaga non deve essere inciprignita dai giureconsulti con ingiustificate estensioni interpretative. Lasciamo quindi al contratto o alla successione le sue formalità e i suoi gravami, e non vogliamo duplicare questi impacci, ripetendoli per le servitù che a quei fondi sono, per così dire, attaccate: che queste abbiano vita come modalità della trasmissione e come condizioni implicite, benchè tacite, del negozio giuridico dal quale dipende la loro esistenza. Ed eccoci alle ll. 36 e 37, Dig. 8, 2, nelle quali la sapienza romana aveva bene avvisato all'importanza di manufatti o apparecchi esistenti nel fondo o in parte del fondo, considerati come segni evidenti, apparenti, indiscutibili di servitù: la destinazione del padre di famiglia solo allora si traduce in mezzo costitutivo di servitù, quando egli ha disposto del fondo o con atto tra vivi o a titolo di morte, non lasciando in caso diverso, come fatto interno del fondo, se non traccie di nessun valore per altri che il proprietario non sia. Coll'attribuire ai segni esterni della destinazione una

Digitized by Google

tanta importanza, evidentemente si raggiunge anche l'effetto di evitare finchè si può la generazione di quegli inconvenienti, che sono sempre la conseguenza dei cambiamenti nello stato di fatto e che spostano interessi già radicati: e oltre a ciò non si fa che interpretare con fedeltà l'intenzione del padre di famiglia nella utilizzazione dei suoi fondi.

In ordine allo stato di fatto da cui sorgerebbe il novello rapporto di servitù, è d'uopo proporsi il quesito se si debba aver riguardo allo stato di fatto al momento della dichiarazione della volontà del disponente o dell'alienante, oppure allo stato di fatto del fondo stesso al momento in cui la proprietà n'è stata dal nuovo proprietario acquistata. In un contratto di vendita si accenna anche al passaggio d'una servitù, e allora si comprende come la servitù passi colla proprietà che si trasmette: ma se nel contratto si dice semplicemente che il fondo deve ritenersi trasmesso nello stato in cui si trova, le modificazioni dal momento della convenzione al momento dell'acquisto della proprietà da parte del nuovo proprietario devono essere considerate nella loro influenza sull'esistere o meno della servitù? In diritto moderno un tal quesito non ha interesse di sorta, per i contratti; avvegnachè la proprietà s'intenda trasferita per effetto del semplice consenso, senza bisogno di tradizione: in diritto romano però, dove la tradizione della cosa occorreva per il trapasso della cosa stessa, il quesito era proponibile. Il non essere stato proposto è la conseguenza appunto del poco sviluppo che in diritto romano ebbe la costituzione della servitù, per destinazione del padre di famiglia: per la qual cosa non era nè si presentava indispensabile di sciogliere tutti i dubbi, e neppure forse i principali. Nel diritto intermedio poi sarebbe stato del pari inutile, anzi impossibile, pensarvi; perciocchè il rapporto feudale assorbiva qualsivoglia rapporto reale tra fondi, e di servitù nel senso vero e proprio del diritto civile non si deve assolutamente parlare. Ma dove il quesito era proponibile, sebbene diversamente da oggi, nel diritto romano, e dove è proponibile oggi stesso, si è trattandosi di successione *mortis causa*. Dalla disposizione testamentaria desumendosi che un tale fu istituito nella successione di un fondo o a titolo di legato o a titolo di eredità, nello stato di desti-

Digitized by Google

nazione in cui il fondo stesso si trovava o si trovasse, è naturale la domanda se si debba aver riguardo allo stato del fondo al momento della disposizione testamentaria, oppure al momento in cui il fondo stesso fu effettivamente trasmesso al legatario o all'erede e dall'uno o dall'altro di essi, a seconda dei casi, acquistato. La risposta dev'essere diversa, come si notò sopra, per diritto romano e per diritto nostro. Per diritto romano la proprietà della cosa, di cui per testamento si dispose, non passa al beneficato (erede o legatario) se non coll'adizione dell'eredità quanto al primo, e, in diritto giustinianeo, coll'accettazione quanto al secondo: per la qual cosa prima dell'adizione o dell'accettazione, rispettivamente, lo stato delle cose può cambiare, anche per l'opera dell'uomo, prima che l'erede o il legatario acquisti il fondo lasciatogli in eredità o in legato. Questo cambiamento tra la disposizione e l'acquisto, tra l'apertura e l'acquisto della successione, tanto per eredità quanto per legato, può e deve influire nel senso di menomare i diritti o gli obblighi dell'erede o del legatario, dal momento in cui il *de cuius* morì o dispose del fondo? Evidentemente, quanto alla disposizione non v'è dubbio; poichè è naturale che, qualsiasi fosse risultato o risultasse lo stato del fondo all'epoca della testamentifazione, questo stato, specialmente poi per quanto attiene alla destinazione del padrefamiglia, può variare e fortemente variare da allora sino alla morte del disponente; intendendosi che il disponente, col cambiare la destinazione del fondo di cui dispone, manifesti il suo intendimento di revocare o modificare la disposizione da lui prima fatta. Il che può sempre quando voglia. Il dubbio sta dunque per l'intervallo che decorre dalla morte del *de cuius* all'acquisto dell'eredità o del legato: intervallo in cui le cose ereditarie, in mano di chiunque siano, possono certamente, per quanto ne apparisce, cambiare di destinazione, e sia pure anche abusivamente, ma con segni bene appariscenti e con tutti i caratteri che possono trarre in inganno l'erede o il legatario.

Per ventura, oggidì, tali questioni non sono proponibili, perchè non v'è dubbio che tanto l'erede quanto il legatario abbiano diritto sulle cose lasciate loro, rispettivamente, o a titolo di eredità o a titolo di legato, così come si trovano al

Digitized by Google

momento della morte del *de cuius;* anche se questo stato delle cose sia diverso da quello che era quando fu fatta la disposizione testamentaria. Evidentemente poi, l'erede o gli eredi non potranno a danno del legatario cambiare la destinazione del fondo legato, da quel che era allorchè morì il *de cuius:* chè, se ciò accade, il legatario ha diritto a muoverne lamento e ad invocare rimedi giuridici. La qual cosa armonizza assai bene col concetto che la divisione di un predio originario o di più predi originariamente considerati come un predio solo sia la causa dell'acquisto della servitù in forza della destinazione del padre di famiglia: perciocchè la divisione della proprietà abbia luogo, quanto ad uno dei coeredi di fronte agli altri, al momento della morte del *de cuius,* ed anche l'azione del legatario di fronte agli eredi per conseguire il legato abbia efficacia retroattiva al momento stesso, dovendosi a lui legatario corrispondere anche le rendite arretrate dal dì dell'apertura della successione. Or, se per qualche tempo, e sia pur brevissimo, si trova in possesso dell'eredità qualche erede che a danno del suo coerede cambia la destinazione e sopprime od altera i segni esterni della servitù nei rapporti tra i fondi toccati a ciascuno di essi, evidentemente egli deve rendere stretta ragione al suo coerede del seguito cambiamento e deve rimettere le cose in pristino, com'erano in antecedenza per destinazione del *de cuius.* Anche più questa conclusione deve tenersi ferma, qualora un estraneo all'eredità, un possessore semplice, un affittuario, un colono, un precarista qualsiasi siasi reso lecito di operare siffatti cambiamenti davvero sostanziali, in ordine alle apparenze di destinazione del fondo per i riguardi della servitù: in ciò noi troviamo un danno meditatamente prodotto all'erede (o al legatario se si tratta di servitù relativa al fondo legato o da quel fondo dipendente) e un'alterazione palese allo stato delle cose voluto dal testatore. Che se il cambiamento o la soppressione dei segni apparenti di servitù avesse avuto luogo d'ordine dello stesso erede o legatario del fondo in oggetto, si avrebbe un fatto nuovo dopo la costituzione della servitù grazie alla destinazione del defunto: fatto che dovrebbe essere apprezzato nel suo giusto valore, di fronte all'eventualità d'una estinzione della servitù stessa.

Digitized by Google

Non si può evidentemente, per affermare la costituzione d'una servitù a mezzo di destinazione del padre di famiglia, riferirsi a segni anteriori alla morte del *de cuius*, quasi censurando l'uso ch'egli abbia fatto della sua proprietà cambiando la destinazione del fondo in modo poco opportuno e non diretto al migliore sfruttamento del fondo di cui si dispose per causa di morte. Una tale censura è naturalmente ingiusta e senza ragione: il proprietario, quando è liberale del suo a chi non vi ha diritto, non può esser chiamato a render conto dell'uso che ha fatto o che sta facendo delle cose di cui dispone; neppure l'erede legittimo può coartare, oltrechè l'utilizzazione, la stessa disposizione che durante la propria vita il *de cuius* crede, rispettivamente, di poter fare del proprio fondo. Egli può alienarlo e può usarne come crede: la legge dà rimedio soltanto contro l'abuso che dipenda da vizio di mente o da prodigalità, e, all'infuori dei rimedi dell'interdizione e dell'inabilitazione, non vi sono altri mezzi per salvaguardare i parenti più stretti del *de cuius* contro il cattivo uso ch'egli faccia del proprio diritto, così com'è pieno sul proprio fondo.

104. Si comprende poi che, quando si è detto che la destinazione del padre di famiglia ha tratto alla divisione dei fondi anche per disposizione *mortis causa*, non s'intende affatto escludere con questa espressione che la destinazione preceda una successione intestata ai fondi stessi. Infatti anche per la successione intestata si può avere la divisione di un fondo originario o la separazione di due fondi originari i quali in origine appartenevano ad un medesimo proprietario. Vero è bene che in tale ipotesi la direzione della volontà del *de cuius* non apparisce così evidente, come se si trattasse di successione testamentaria, in cui il testatore sa, perchè ne dispone, che i due fondi, dai cui rapporti di sfruttamento risulterà la servitù in seguito alla divisione di essi, si trovano appunto in quei determinati rapporti e in attitudine di produrre quella determinata conseguenza e il novello spiccato ed autonomo istituto di diritto. Il proprietario, completamente incurioso della propria successione, attribuisce o conferisce ai suoi fondi una determinata destinazione, per

Digitized by Google

intanto: lo sopraggiunge la morte, e gli eredi legittimi, non potendo avere un segno certo della volontà del *de cuius* e non potendo interpretare una volontà che, diretta alla servitù, non esiste, si limitano a lasciare nello *statu quo* i rapporti tra i fondi, e così, pur senza una iniziativa apposita del *de cuius*, la servitù sorge come per incanto. Non si può certamente in tal caso disconoscere che la volontà del *de cuius* non abbia portato neppure un lontano accenno alla costituzione della servitù, e che questa è sôrta proprio del tutto indipendentemente da una manifestazione diretta o indiretta della sua volontà: anzi può supporsi persino che, se egli avesse potuto testare o comunque prevedere l'imminenza della propria morte, egli avrebbe cambiato destinazione ai fondi, oppure non avrebbe mutato la destinazione loro precedentemente imposta, oppure, malgrado la destinazione, avrebbe disposto per l'esclusione della servitù. Perchè dunque al silenzio del *de cuius* possano susseguire effetti di destinazione (della destinazione ch'è una manifestazione chiara e diretta di volontà) è assolutamente necessario che vi sia un altro elemento, diverso dalla volontà del *de cuius*, più o meno direttamente manifestata verso un eventuale stabilimento futuro del diritto di servitù; e che questo elemento agisca per virtù propria, con effetti giuridici, quanto a sè pieni, nè suscettibili vuoi di complemento, vuoi di diminuzione. Così giungiamo all'efficacia di diritto, *ipso iure*, di uno stato di fatto la cui esistenza non contravviene ad alcuna disposizione di legge: stato di fatto che conduce alla servitù come a conseguenza naturale, e che perciò non osta a quella che dicesi naturale libertà dei fondi. Resta pertanto sempre ferma questa naturale libertà, nel senso che non si debba senza un fondamento di fatto o di diritto menar buona la pretesa dell'esercizio d'una servitù: ma ciò non è quanto dire che non si debbano rispettare quei rapporti tra fondi, che, al momento della loro divisione, si trovano essere preesistiti.

Il diritto è eminentemente conservatore: esso tende a rispettare sempre le posizioni che ad un dato momento si ravvisano in un rapporto patrimoniale, dove non entra che l'interesse privato. Questa sua tendenza è dovuta al propo-

Digitized by Google

sito di non produrre dei perturbamenti, di non forzare le situazioni, di non uniformare su tipi costanti quanto non può essere la conseguenza e l'effetto che di una sconfinata varietà di gradazioni volontarie distribuite in base a criteri di oppurtunità, dei quali non possono rendersi conto se non le parti interessate. Trovando quindi una posizione di fatto già consolidata, il diritto non si presta a cambiarla se non per gravi motivi o di coordinamento con altri diritti, o di miglioramento nella determinazione del rapporto giuridico, o di specificazione di un rapporto non abbastanza determinato prima, o di ristabilimento della volontà privata nella pienezza dei suoi effetti, o di semplificazione delle energie patrimoniali, e via dicendo. Or nel caso nostro il legislatore si trova di fronte a un'utilizzazione fatta dal padre di famiglia sui fondi proprî, destinandoli a rendere dei servigi determinati e sviluppando in tal modo in essi lo sfruttamento economico di certe determinate qualità e attitudini, in modo da dare ai fondi stessi una fisionomia individuale che caratterizza l'uno dall'altro di essi ed entrambi da tutti gli altri fondi circonvicini. Ora il legislatore od il giudice potrebbero bensì cambiare di loro arbitrio una simile destinazione: ma con quali criteri? Chi può dirci che questi criteri siano migliori e più convenienti di quelli adottati per lo stesso scopo dal proprietario? Eppoi, dal momento che difficilmente può sopprimersi una destinazione di fondi senza sostituirvene un'altra, l'imbarazzo non terminerebbe coll'audacia della soppressione, ma proseguirebbe colla difficoltà della surrogazione: ogni uso speciale esigerebbe un esame speciale, e oltremodo difficile tornerebbe dettare *a priori* delle norme fisse ed invariabili per un dato caso o per dati gruppi di casi. Che se di prudente arbitrio si tratta, non sa comprendersi come al prudente arbitrio del proprietario, ch'è anche facoltà di libera disposizione, debba sostituirsi il prudente arbitrio del giudice, che certo non può darci nulla di più o di meglio. In ultima analisi pertanto si tratta di fare dei cambiamenti per contraddire alla destinazione di chi, possedendo contemporaneamente due fondi, avrà cercato senza dubbio di trarre da ciascuno di essi il profitto che migliore per lui si potesse: allo stesso modo che i rapporti di vicinanza che si trovano

Digitized by Google

stabiliti per legge o regolamento di riparto di terre pubbliche, ovvero per sistemazione di terre private, di regola sono ispirati a ragioni di contemperamento della migliore utilizzazione dei fondi.

E qui tralasciamo anche il riflesso che, come poco reverente alla memoria del *de cuius* e ossequente alla di lui volontà, così sarebbe anche incivile di contraddire senza una buona ragione alle disposizioni da lui prese in ordine alla utilizzazione dei suoi fondi, anche soltanto se si trattasse di tornare semplicemente ad una destinazione precedente, che può non essere più affatto in armonia colle vedute migliori. Ma intanto è pur da osservare che, se vi sono delle opere visibili le quali concorrano alla formazione dello stato di fatto, dal quale dicesi sorgere la servitù, per togliere ogni traccia di vincolo alla proprietà, sarebbe pur d'uopo fare scomparire queste traccie: la qual cosa in taluni casi (trattandosi p. e. di servitù d'onere) può offrire delle difficoltà e dei pericoli non indifferenti di fronte alla solidità degli edifizi oppure di fronte alla integrità dei fondi in generale. Or perchè la legge favorisse in linea di massima anche qui la libertà dei fondi, converrebbe che essa pur sancisse come in mancanza di disposizione testamentaria espressa od anche in mancanza di menzione, nella disposizione testamentaria, di questo stato dei fondi, tutti i segni di destinazione, che all'apertura della successione si trovassero procedere da una destinazione o utilizzazione anteriore, dovessero tutti indistintamente scomparire per evitare fin le apparenze d'una servitù di fatto. Ma una disposizione di legge concepita in termini tanto generali accennerebbe già ad un regolamento del diritto di proprietà, sia pure in via transitoria e sino al sopraggiungere d'una convenzione che renda indubitabile la costituzione della servitù, in forza del titolo che da essa scaturisce. Ora è appunto di questo regolamento che non può nel caso nostro ritenersi nè la necessità, nè l'opportunità; dappoichè in questa specie di rapporti patrimoniali tra privati l'interesse pubblico, come in genere in tutti i rapporti patrimoniali, non ha davvero che vedere: che se vi avesse per nulla da vedere, ciò sarebbe sufficiente per proibire anche la costituzione per virtù di titolo di tutte quelle servitù che

Digitized by Google

corrispondono a mezzo di segni certi ad una disposizione materiale di fondi con determinate traccie materiali e di cui per ragion di libertà dei fondi non si riconosce la costituzione per destinazione del padre di famiglia. Ma può replicarsi che la libertà dei fondi non è che una presunzione *iuris tantum*, la quale può essere vinta da prova contraria, per mezzo di una contraria dichiarazione di volontà. A ciò la risposta è facile nel senso che, se la presunzione può esser vinta ed eliminata dalla prova del contrario, la prova stessa può essere tanto diretta quanto indiretta, tanto espressa quanto tacita, tanto implicita quanto esplicita; purchè (e questo ben s'intende di per sè), in seguito ad un tal mezzo di dimostrazione della volontà del *de cuius*, diretta ad una sistemazione permanente della proprietà, non resti più effettivamente dubbio di sorta.

105. La divisione di un predio unico originario può essere anche ideale o per quote ideali, e non soltanto reale o per quote effettive: talchè, anche se in seguito alla disposizione del *de cuius* si rende necessaria l'opera di un perito per procedere ad una divisione perfetta dei fondi, questo intervento peritale non guasta o non altera comunque gli effetti della divisione del predio originario il quale era senza determinazione precisa della linea di confine e senza quella demarcazione che si attende poi dall'opera dei periti. Questi, seguendo le traccie della disposizione testamentaria, divideranno il fondo per modo che i segni di destinazione corrispondenti allo stato di servitù si trovino presso l'uno o l'altro dei fondi che sono sôrti dalla ripartizione del fondo originario: e per l'uno o per l'altro dei fondi stessi. La divisione reale fatta in seguito all'opera del perito retroagisce e assorbisce la divisione ideale, come se fin dapprincipio la divisione dei fondi ereditari non fosse stata ideale, ma reale nel modo com'è posteriormente risultata: per la qual cosa gli effetti della destinazione del padre di famiglia su ciascuno dei fondi che formano parte dell'asse ereditario, quantunque distribuiti ora coi fondi tra ciascuno dei coeredi per effetto della divisione ereditaria, tuttavia risalgono fino all'epoca della disposizione testamentaria, contemporaneamente alla quale una tale desti-

Digitized by Google

nazione permane. La divisione tuttavia può essere succeduta non solo ad uno stato di indivisione ereditaria, ma a qualsivoglia altro stato di comunione anche contrattuale: i principî della destinazione non cambiano, nè cambiano i principî che da questa destinazione si desumono; quantunque la destinazione nell'un caso non derivi dalla volontà diretta dei comunisti e nell'altro caso possa derivarne, tuttavia in entrambi i casi volontariamente se ne subiscono gli effetti in ordine alla eventuale costituzione di servitù che per la divisione ne tragga vita. La struttura della servitù è in entrambe le ipotesi unica, consona, immutata, e si fonda sul rispetto di uno stato di fatto legalmente stabilito in antecedenza; del quale stato di fatto non si vede alcuna ragione di mutamento se non interviene una manifestazione di volontà contraria. Tanto più del resto è a ravvisarsi l'efficacia della destinazione data ai fondi nello stato di comunione, quando sono gli stessi comunisti che hanno impresso alle cose una destinazione siffatta; perlochè in tal caso non possono neppure lamentarsi di subire inconsciamente la volontà altrui, quando in effetto non fanno che seguire la volontà propria, anche sotto una forma particolare d'inerzia o d'immutazione. Nell'altro caso non vi è iniziativa di quelli che furono comunisti involontarî nella ereditaria *communio incidens*, perchè la volontà dalla quale la destinazione trasse ebbe origine dal *de cuius;* ma sta appunto agli eredi il mantenere (durante lo stato di indivisione o dopo la divisione) una destinazione siffatta, potendo essi naturalmente cambiarla e darne tutt'altra a loro beneplacito, purchè di comune consenso. Il non averlo fatto o non farlo, come ragioneremo or ora, li rende presuntivamente adesionisti allo stato attuale di fatto dei fondi, e rende operativa anche di fronte ad essi quella destinazione alla quale ad ogni momento possono ribellarsi, ma che, fino a quando esiste, non può non produrre quelle conseguenze che sorgono appunto dal fatto, perciocchè anche qui *factum infectum fieri nequit.* Noi volevamo solo constatare che è alla divisione reale e non alla divisione ideale coesistente coll'indivisione reale che deve risalire la efficacia e la produttività del fatto di destinazione dal quale deriva la costituzione della servitù.

Digitized by Google

Evidentemente, una tale destinazione, per la nostra tesi non avrebbe importanza alcuna fino a che durasse lo stato di comunione, perciocchè *res sua nemini servit;* ma, cessato questo e sostituiti due o più proprietari all'unico proprietario primitivo ed originario, evidentemente viene in campo la portata e la efficacia del fatto di destinazione che sino ad ora passò quasi inavvertito, non essendovi alcuno che avesse interesse a dedurne l'importanza e farne risaltare gli effetti. La destinazione prima di questo momento rappresentava un fatto del tutto interno tra uno ed altro fondo appartenenti allo stesso ed unico proprietario: è appunto il moltiplicarsi dei proprietari che rende necessaria una diversa considerazione, un diverso apprezzamento di questo fatto così indifferente, originariamente, e così poco degno di esame e di osservazione da parte del diritto che in esso non avrebbe potuto ravvisare se non un fatto di mera indole economica. Evidentemente poi, avuto riguardo alla perpetuità della causa della servitù, la destinazione dei fondi tra i quali viene a correre il preteso rapporto di servitù non può essere transitoria per produrre l'effetto di cui si tratta: di ciò sembra superflua ogni dimostrazione. E, quando si tratti di destinazione transitoria, deve per vero riconoscersi, se non a prima vista, almeno dopo esame accurato che il padre di famiglia abbia veramente inteso di ordinare nei suoi fondi uno stato di fatto duraturo, con traccie perenni e con effetti irrevocabili. È questo sempre un esame di fatto, il quale sfugge a norme precostituite e costanti e vuolsi istituire per ogni caso con criteri pratici diversi. La destinazione è però una facoltà del proprietario del fondo al quale si riferisce o dei proprietari dei fondi nei cui rapporti funziona; e però può da quel proprietario o da quei proprietari essere cambiata, tanto se il proprietario o proprietari sono quelli stessi che la stabilirono, quanto se sono diversi. L'esistenza di questa destinazione deve dunque ravvisarsi al momento in cui si fa l'esame sui fondi che risultano dalla divisione dell'unico fondo originario; cercando d'indagare lo scopo di una divisione siffatta. Una semplice divisione a scopo culturale, specialmente allorchè un tale scopo è provvisorio o fatto a norma di rotazione periodica, può non essere sufficiente per

Digitized by Google

costituire una destinazione permanente: così se il fondo per un anno o due si è trovato o si trova in questo stato di divisione, e per un anno o due, ovvero comunque alternativamente, dallo stato unitario passa allo stato di divisione e da questo torna allo stato unitario. Se poi i fatti dai quali si volesse dedurre l'esistenza di una destinazione a scopo di servitù intervenissero non tra due fondi risultanti dalla divisione di unico fondo originario, ma tra due parti non separate, non distaccate, di un fondo che rimane sempre unico, in tal caso non si ha da parlare di destinazione risultante dalla divisione di un fondo e però calcolabile agli effetti costitutivi d'una servitù. Talvolta è facile indursi in errore da fallaci apparenze; un fondo unico originario è stato diviso in due parti per attribuirle a due conduttori o mezzadri (se trattasi di fondi rustici) diversi l'uno dall'altro. Queste due parti appartengono sempre allo stesso unico proprietario che le possiede per mezzo di due inquilini o mezzadri diversi. Un giorno queste due parti capitano in mano a due compratori diversi, l'uno dei quali fa notare che tra i due fondi esistono taluni rapporti di fatto da doversene arguire l'esistenza d'una servitù per destinazione. Ora, per venire a questa conclusione è giuocoforza indagare con accuratezza circa l'esistenza o meno dell'intenzione di dare a queste parti una tale sistemazione reciproca in permanenza e quasi in forma immutabile, da inferirne una destinazione sufficiente per la costituzione di un rapporto di servitù: al qual effetto una semplice induzione dell'osservatore non basta, perciocchè lo stato di fatto vuol essere corroborato da una serie di condizioni le quali possano dare attitudine giuridica al fenomeno allo scopo di renderlo costitutivo di servitù, cambiandone la natura iniziale ch'era attinente all'esercizio del diritto di proprietà. Or senza dubbio il fatto materiale della divisione è molto ed è anzi essenziale per venire a questa destinazione, ma peraltro non è tutto; essendo necessario che consti dell'intenzione di creare uno stato di cose corrispondente a ciò che dicesi la causa perpetua delle servitù prediali. Infatti, perchè possa darsi il cambiamento del diritto in base al quale si esercitano gli atti che formano il contenuto della pretesa servitù attuale, da far sì che quanto prima dovevasi all'eser-

Digitized by Google

cizio del diritto di proprietà si debba poi all'esercizio del diritto di servitù, è d'uopo che non intervenga già un cambiamento nel contenuto degli atti stessi, ma che soltanto vi sia uno sdoppiamento della persona del proprietario originariamente unico in due proprietari nuovi, oppure che resti il proprietario primitivo per una parte e per l'altra parte del fondo al proprietario primitivo si sostituisca un nuovo proprietario il quale, mantenendo la posizione di fatto precedente, non possa più esercitare *iure proprietatis*, ma debba bensì esercitare *iure servitutis* gli atti o diritti rappresentanti il contenuto e gli effetti della vecchia posizione di fatto, così come tuttora sussiste e si mantiene tra i due fondi risultanti dalla divisione dell'unico fondo originario nelle parti stesse che prima lo componevano come corpo unico e indiviso.

Digitized by Google

CAPO III.

Mancanza di manifestazione contraria.

106. Regolarità dell'interpretazione desunta dalla destinazione. — 107. La dichiarazione di volontà contraria combatte la presunzione della legge o dell'uomo. — 108. Disamina di casi speciali.

106. Il TARTUFARI (op. cit.) ebbe ad osservare che la mancanza di una disposizione contraria allo stato di fatto esistente tra due fondi di uno stesso proprietario che passano in mani diverse, opera in modo che quello stato di fatto dalla condizione di un semplice servigio materiale si converta per necessità giuridica in servitù prediale. E invero lo stato di fatto precedente al passaggio dei due fondi separatamente in mani diverse da quelle del proprietario originario produce una di queste due conseguenze: o annulla la destinazione data prima dal proprietario ai due fondi, quando e finchè si trovarono entrambi presso di lui per diritto di proprietà; oppure questa destinazione fa sussistere e conserva tuttora malgrado la nuova posizione di diritto e di fatto. Supponiamo che il cambiamento di proprietario, l'alienazione, la trasmissione da un proprietario all'altro, nel silenzio dei rispettivi contratti debba pesare a favore della libertà del fondo serviente, ossia debba segnare l'istante in cui la servitù ha fine. In tale ipotesi converrebbe concludere che l'opera e la destinazione del proprietario alienante debba essere distrutta per favorire la condizione non degli acquirenti entrambi, bensì del solo acquirente del fondo serviente.

Ma questa conclusione urterebbe contro i noti principî di economia giuridica, che vietano di alterare un qualsivoglia stato di fatto, allorquando ragioni di assoluta legalità ossia disposizioni legislative a tutela dell'ordine pubblico, oppure la volontà di chi può disporre della cosa o delle cose alienate non abbia diversamente disposto. *Res ut nunc est ita sit:* e quando il rapporto o negozio giuridico contrattuale non importa espressamente che tali mutazioni avvengano e il rapporto può camminare egualmente mantenendosi

Digitized by Google

lo *statu quo ante*, deve preferirsi questa seconda soluzione non solo come più conducente e conforme ai fini del diritto, ma anche come più verisimile e presumibile nell'intenzione dei contraenti, che non parlavano di cambiar nulla nello stato attuale e reale dei fondi. E infatti il meno che possa dirsi in tal caso si è che la volontà presunta non debba invocarsi di fronte alla volontà espressa, ma che di fronte alla volontà non espressa la volontà presunta debba e possa avere adempimento: poichè se, per rifiutare una presunzione ben chiara di volontà, dovesse sconvolgersi tutto quanto lo stato di fatto esistente e tornarsi alle cose come stavano prima della destinazione del padre di famiglia, si autorizzerebbe un' inchiesta pericolosissima e malagevole. Del resto, l'importanza della ricerca sull'esistenza o meno d'una manifestazione di volontà contraria chiaramente si arguisce da quanto a suo tempo dicemmo: che cioè la giurisprudenza romana, la classica in ispecie, non intese dare una costruzione speciale e appartata della destinazione del padre di famiglia, ma intese assumere una tale destinazione non solo come presunzione, bensì addirittura come manifestazione esteriore della volontà di costituire una servitù, nell'ipotesi di divisione del predio al quale la destinazione si riferisce.

Certamente peraltro, una tale intenzione costitutiva di un futuro eventuale rapporto di servitù non può considerarsi che come molto indiretta, dappoichè non può dirsi sicuramente e in via generale, nè consta che, allorquando il proprietario dette al suo fondo quella detta destinazione, si rendesse conto dell'eventualità di una divisione del suo fondo in una od altra occasione e per sua stessa volontà antivedesse e predisponesse il suo patrimonio alla costituzione della relativa servitù. Anzi ci sembra più naturale ritenere come il pensiero che la destinazione del fondo possa avere delle conseguenze in ordine alla costituzione delle servitù, non sempre venga neppure alla mente del proprietario, al quale la destinazione si riporta, nel momento di alienare parte dell'unico fondo originario. L'inavvertenza di una persona non abituata ai negozi della vita civile, ai contratti e alla stessa ricerca ed applicazione delle leggi usuali, può far sì che al momento della divisione del predio originario non

Digitized by Google

sempre possa dirsi che il proprietario da cui la destinazione parte si trovi in condizione da far sì che l'osservatore, al momento decisivo della divisione del predio stesso, possa riconoscere che la destinazione attuale sia una forma di manifestazione della sua volontà, anche soltanto indiretta, di far perdurare questo stato di fatto anche dopo l'alienazione e con effetto costitutivo di servitù. Potrebbe darsi che lo zotico agricoltore ritenesse che, avendo egli al fondo originario impresso nelle sue parti la destinazione che vi si trova al momento dell'alienazione, possa dopo l'alienazione parziale di esso, e senza darsene pensiero al momento della alienazione stessa, rivendicare a sè, quando creda, l'uso anteriore, allegando di non avere nell'atto di alienazione espressamente accennato all'esistenza di quel rapporto di alienazione, che, cominciato in forma di rapporto per l'esercizio della proprietà, dovrebbe secondo le pretese dell'altra parte ritenersi continuativo in una servitù appositamente costituita per questo stato di fatto. Certamente una tale opinione, per quanto contraria alla legge, può esistere nella mente dell'alienante all'epoca in cui l'alienazione si compie. Dovremo però convenire che l'esistenza di una tale opinione, viziata ed erronea, perchè cozza anche colle leggi del più elementare buon senso, non è e non può essere se non rara: tanto è facile in pratica, che, se non altro, per mettersi al sicuro da ogni sorpresa, l'alienante all'ultima ora rimetta le cose in pristino, come erano prima della destinazione nuovissima, per evitare fastidi e pretese dell'acquirente. Il valore dello stato di fatto, specialmente di fronte ad un possesso che si acquista per traslazione legittima, è cosa che s'intuisce peraltro da ciascuno, e nei rapporti agricoli e nei rapporti edilizi: talchè non è cosa troppo naturale l'ammettere che taluno non faccia attenzione o non si preoccupi di questo stato di fatto o lo consideri con tale indifferenza, da non preoccuparsene per le conseguenze ch'esso può importare nei riguardi dell'altra parte, in cui favore l'alienazione si compie. Se si dovesse por mente a vagliare le osservazioni degli uomini secondo le probabilità loro, evidentemente ad un'asserzione di così crassa noncuranza non dovrebbe attribuirsi quasi nessun valore, di fronte a quanto può arguirsi dal buon senso pra-

Digitized by Google

tico. Così questa giustificazione non apparisce che semplice scusa o pretesto di ben magro valore: e dirimpetto ad essa resta salda e invincibile la convinzione che intendimento dell'alienante quello sia stato di alienare altresì la servitù rappresentante il contenuto dello stato di fatto che risponde al servigio di parte a parte del fondo originario.

Non sembra che in questa interpretazione presuntiva (tutte le specie d'interpretazione, dal più al meno, sono presuntive) vi sia nulla d'arbitrario o di azzardato: l'interpretazione è sana e giusta, regolare ed opportuna; anche se non fosse autorizzata espressamente dalla legge, il buon senso la renderebbe non solo lecita, ma agevole all'interprete, senza sforzo, senza esitazione. Ritenere d'altra parte che uno stato di fatto, predisposto per ragione di destinazione, debba ad un certo istante, pur persistendo la destinazione stessa, cessare o non aver valore alcuno o essere revocabile *ad libitum* dell'alienante dopo effettuata l'alienazione stessa, sarebbe d'altra parte una vera e propria enormità e contribuirebbe ad emancipare incivilmente il diritto dal fatto, solo allo scopo di favorire l'alienante al quale nella maggior parte dei casi potrà anche rimproverarsi la mala fede; nel senso di avere pensatamente tratto in inganno l'acquirente sull'efficacia dello stato di fatto, della cui esistenza siasi artatamente omesso di far parola nell'atto di alienazione di quella parte del fondo originario alla quale la destinazione si riferisce in rapporto coll'altra parte del fondo originario che resta tuttavia presso l'alienante. Ad ogni modo, posto nel bivio tra l'accordare la preferenza allo stato di fatto e l'accordare la preferenza alle tardive dichiarazioni dell'alienante, senza dubbio l'interprete deve scegliere la preferenza allo stato di fatto e con ciò rispettare la base dell'ordinamento di tutto quanto il diritto, agli scopi della civile convivenza; questa è anche la via più semplice, la meno involuta e quella che offre maggiori garanzie di serietà e di verisimiglianza. Ad essa evidentemente noi dobbiamo attenerci, per quanto ci può interessare una soluzione dalla quale non sorge spostamento di sorta e che rivela l'intenzione d'interpretare la volontà dei contraenti nel modo più semplice e più efficace. Questa soluzione ha poi anche una tal quale relazione con le dot-

Digitized by Google

trine economiche, nel senso che, se destinazione vi fu e se la destinazione ebbe uno scopo economico, questa destinazione si vuol intendere permanente quando non risulti transitoria: e la medesima s'intenda rispondere sempre, fino a che non sia revocata, agli scopi economici per i quali fu originariamente ordinata. Questi scopi economici e quella destinazione giuridica patrimoniale, evidentemente, non debbono nè possono essere stati conseguenze di semplice capriccio o di mal calcolata utilità: vi è luogo a ritenere che se lo stato di fatto non fu ancora cambiato, da quando la destinazione ebbe luogo a dopo effettuata l'alienazione della parte del fondo alienato, esso risponda ad una ragione ben calcolata di convenienza che già entri nel conto dell'alienazione stessa, specie quando questa è contratta a titolo oneroso.

107. È ben naturale che, siccome dalla destinazione del padre di famiglia in tanto noi argomentiamo, in quanto essa ci rivela una volontà implicita, una tacita costituzione della servitù; una manifestazione espressa di volontà debba necessariamente distruggere gli effetti della tacita manifestazione. Per lo meno ed anche limitandosi al fenomeno della destinazione, si comprende che per una dichiarazione di volontà contraria una tale destinazione risulti perfettamente revocata o ridotta come inesistente e come non avesse mai esistito. Noi intendiamo certamente parlare di una revocazione della destinazione finora data alla cosa: destinazione, la quale risulti per segni esterni d'importanza non minore dei segni che prima valsero per farla ritenere costitutiva di servitù. Un primo indice di fatto, evidentissimo, per far ritenere la cambiata destinazione del fondo, sta nella rimozione dei manufatti od apparecchi dai quali prima risultava in opera la destinazione stessa, dai lavori di ogni genere, preparativi, avvicendamenti, ecc., che prima componevano l'insieme esteriore della destinazione del fondo unico dal quale traggono origine i due fondi successivamente distinti. Questa revocazione della destinazione precedente del fondo che va a dividersi, anche fatta *in limine* della divisione o dell'alienazione, non per questo è meno valida, nè è necessario che venga legalmente o in qualsiasi altro modo a conoscenza dell'ac-

Digitized by Google

quirente; perciocchè essa deve risultare essenzialmente dal fatto o da quella serie di fatti che compongono il fenomeno della destinazione. Vuol dire che, se un tale cambiamento ha luogo a bella posta in forma clandestina, acciocchè l'acquirente, non avvedendosene, faccia conto di acquistare il fondo colla servitù attiva alla quale la ritenuta destinazione può riferirsi; in tal caso, qualora concorrano gli estremi di legge, possono accordarsi i rimedi che conducono alla rescissione per lesione oppure per errore *in substantivis:* i quali rimedi però non appartengono, ad ogni modo, al trattato delle servitù, ma al trattato delle alienazioni. S'intende che un tale cambiamento o revocazione di destinazione deve intervenire prima che la vendita o l'alienazione in genere sia perfetta, indipendentemente dal fatto o dal momento della tradizione, e perciò prima del momento in che siasi convenuto sulla cosa e sul prezzo dell'alienazione. Un dubbio potrebbe sorgere in ordine all'alienazione a titolo gratuito, ossia alle liberalità, alle donazioni: potrebbe asseverarsi che, siccome un'alienazione siffatta è del tutto o quasi del tutto (secondochè la gratuità sia completa o parziale) liberale, fosse incivile di accordare al beneficato dei rimedi per revocare in dubbio la legalità o la tempestività del cambiamento di destinazione, nei riguardi di esso colla costituzione o non costituzione della servitù.

Noi dobbiamo confessare francamente che non troviamo una siffatta inciviltà, punto: se si tratta di liberalità, altro non si deve fare fuorchè applicare le disposizioni che regolano le liberalità, i loro modi, la loro efficacia, e null'altro. Quando una liberalità può in tutto o in parte revocarsi, allora può egualmente in tutto o in parte revocarsi una destinazione costitutiva di un rapporto di servitù; in caso diverso questo non accade: nè per le servitù si può determinare una via di condotta e di risoluzione diversa da quella che si applica e si può applicare per tutti gli altri negozi, i quali abbiano in tutto o in parte a loro base la liberalità.

Anche quando si dona un fondo od una qualsiasi cosa, se altro non si esprime, s'intende alienarla allo stato attuale — *uti nunc est* —; non s'intende già riservarsi la facoltà di ritrarre in parte, posteriormente, o di restringere la libera-

Digitized by Google

lità stessa; altrimenti, per allora almeno, il negozio giuridico non sarebbe perfetto, per l'indeterminatezza dell'oggetto e perchè la prestazione formante oggetto della liberalità sarebbe del tutto *in facultate* dell'obbligato e perciò (art. 1152 Cod. civ.) inesorabilmente nulla. Quindi, per quanto la donazione è un'obbligazione, per altrettanto essa vuol essere colpita di nullità insanabile, senza ricerca della vera intenzione del disponente, e senza neppur lontanamente poter ricorrere ad una pretesa equità per ritener dimostrato o per presumere che il disponente avesse voluto donare anche all'infuori di questa riserva sostanziale sulla servitù: dappoichè noi sappiamo che il criterio direttivo che nell'interpretazione delle ultime volontà guida l'interprete nel senso che per l'invalidità di qualche clausola non debba ritenersi intaccata la sostanza o il resto della sostanza dell'atto, non può essere applicato in materia di convenzione, allorchè la legge consideri come causa di nullità qualche difetto sostanziale della convenzione stessa. Nè è a dirsi che per questo riguardo la donazione voglia piuttosto alle disposizioni di ultima volontà che ai contratti equipararsi; perciocchè, data la necessità dell'accettazione del beneficato, la donazione è sempre un contratto, quantunque il nostro Codice le abbia dato posto immediatamente dopo il titolo delle successioni e prima di quello relativo alle obbligazioni e ai contratti. Il punto di partenza per l'interprete è dunque lo stato di fatto quale risulta dall'ispezione dei luoghi: a questo stato di fatto non può contrapporsi se non una dichiarazione espressa di volontà contraria, da parte dell'alienante, per quanto è vero che alla presunzione *iuris* può contrapporsi la prova del contrario, a seconda dei principî generali. Evidentemente, questa volontà contraria alla destinazione apparente e reale del fondo originario non è essa stessa un fatto di destinazione, ma è un fatto alla destinazione completamente estraneo: e ciò si potrebbe dimostrare con qualsivoglia mezzo di prova, secondo i principî generali, se non vi fosse la precisa disposizione dell'art. 633 del Codice civile, che sembra limitare e limita infatti la prova stessa alla disposizione del titolo, per effetto del quale i due fondi o le due parti di fondo cessano di appartenere allo stesso proprietario.

Digitized by Google

La legge dunque contro la presunzione *iuris tantum* derivante dalla destinazione del fondo originario o delle sue parti non ammette qualsivoglia specie di prova, e neppure altre presunzioni gravi, precise e concordanti: appunto perchè la presunzione *iuris* vuole avere la preminenza sulla presunzione *hominis*. Essa ammette soltanto la prova risultante da una disposizione contraria: la qual cosa non può intendersi relativa alle servitù che si acquistano per usucapione, perchè queste traggono dal possesso e come non sono influite da nessuna destinazione del padre di famiglia, così non possono neppure essere influenzate da alcuna disposizione contraria ad una destinazione siffatta.

La disposizione contraria alla destinazione, come la destinazione stessa, tanto può risultare dall'intervento diretto del proprietario, quanto dall'intervento od opera di un terzo legalmente autorizzato ad agire in rappresentanza del proprietario stesso. Così se l'affittuario o l'agente di campagna del proprietario, agendo il primo nei limiti del possesso rappresentativo pel proprietario stesso, ossia nei limiti del contratto d'affitto, e il secondo tenendosi nei limiti del mandato ricevuto dal proprietario, emettono le disposizioni previste dalla legge perchè si pongano in essere i fatti che rivelano quella destinazione del fondo, dalla quale può sorgere una servitù in caso di divisione, la servitù s'intende legalmente imposta. Quanto poi alla disposizione contenuta nel titolo costitutivo della servitù, evidentemente chi emette tali disposizioni contrarie alla destinazione del padre di famiglia deve avere autorizzazione di farlo: e però non soltanto dev'essere autorizzato ad emanare il titolo costitutivo della servitù, ma anche ad emanarlo con quelle determinate disposizioni. La qual cosa evidentemente si regola colle norme generali del mandato, e (non esitiamo a dirlo) anche della gestione di negozi, qualora ne ricorrano gli estremi. Perciocchè, evidentemente, a parte la regolarizzazione dell'alienazione di cosa altrui, la clausola speciale che attiene all'annullamento degli effetti della destinazione, in rapporto alla servitù, può benissimo costituire un negozio utile per il proprietario alienante. Supposta l'ipotesi che Tizio, proprietario di un fondo unico originario, dia semplicemente incarico ossia mandato a Caio

Digitized by Google

di vendere parte di detto fondo a Sempronio per diecimila lire, e Caio, prima di procedere alla stipulazione dell'atto con Sempronio a nome di Tizio, si accorga che per destinazione del padre di famiglia, se non si facesse alcuna riserva o disposizione contraria, la porzione del fondo rimanente a Tizio potrebbe vantare una servitù prediale sulla parte del fondo stesso che deve alienarsi a Sempronio. Rappresentata la cosa a quest'ultimo, gli propone, del tutto di mente propria, di aggiungere altre quattromila lire al prezzo se vuole liberarsi da una tale servitù che dovrebbe ritenersi imposta per destinazione del padre di famiglia. Ora supponiamo che questo compenso sia molto conveniente per Tizio e che Sempronio, legato da un precedente *pactum de contrahendo*, anche per questo riguardo, di dubbia interpretazione (nel senso che possa arguirsi in Sempronio stesso la scienza, precedente all'alienazione definitiva per la quale Caio ha mandato, dello stato di fatto dal quale la destinazione per lo appunto sorgerebbe), ceda alle proposte del mandatario e consenta di aggiungere le quattromila lire richieste, senza troppo preoccuparsi se per questo riguardo Caio agisca quale mandatario o quale gestore. Ebbene a noi sembra che in tale ipotesi la gestione sia perfettamente efficace nei rapporti tra Tizio e Sempronio.

108. Sorse praticamente il dubbio se la destinazione del padre di famiglia dovesse ritenersi ammessa come costitutrice di servitù anche allorchè si trattasse di servitù discontinue. Esaminando l'art. 632, per vero, non si trova alcuna limitazione sul genere delle servitù per le quali la destinazione stessa è ammessa; nè dal seguente art. 633 può rilevarsi alcunchè di espresso a questo riguardo. Nondimeno il dubbio fu posto e vi sono decisioni pro e contro l'ammissibilità della destinazione del padre-famiglia come costitutiva d'una servitù discontinua. Ma, oltrechè è da preferirsi come regola d'interpretazione generale quella soluzione che apparisce più liberale (dappoichè non possono crearsi distinzioni arbitrarie che la legge non espresse), vuolsi anche notare che, siccome l'art. 633 si riporta all'atto in forza del quale i due fondi cessano di appartenere allo stesso proprietario, non

Digitized by Google

può non ritenersi che alluda al titolo costitutivo delle servitù, ossia appunto alle servitù discontinue e non apparenti le quali non possono costituirsi se non per titolo. Questo secondo argomento tuttavia, è giuocoforza anche confessarlo, apparisce meno potente del primo che attiene alle regole generali d'interpretazione delle disposizioni legislative di qualsiasi natura. Evidentemente poi la presunzione attinente alla destinazione del padre di famiglia è combattuta dalla prova contraria, quale può risultare in modo speciale dal titolo di alienazione; anche se la dichiarazione di volontà fatta dal proprietario del fondo in questo titolo sia contraria al vero stato delle cose e contraria perciò alla costituzione di servitù, che per lo stato delle cose potrebbesi appunto arguire dalla volontà implicita dell'alienante. Molto più poi è da ritenersi valida e operativa la costituzione delle servitù, per titolo di alienazione, in un modo del tutto diverso da quello che risulterebbe per la volontà implicitamente manifestata nella destinazione del padre di famiglia. Bene nota a questo proposito il PACIFICI-MAZZONI (1) che, allorquando la dichiarazione espressa dell'alienante nell'atto di alienazione coincide colla destinazione del padre di famiglia quale risulta dalle esteriori condizioni dei fondi, non è già questa destinazione, ma sempre il titolo che deve ritenersi aver dato vita e costituzione alla servitù.

Il dubbio più forte può cadere sulla maggiore o minore efficacia della clausola che i fondi si alienano *liberi da ogni servitù*, considerata di fronte alle risultanze di una effettiva destinazione del padre di famiglia, dalla quale possa risultare appunto lo stato di servitù. Ritiene il PACIFICI (2), che in tale ipotesi la clausola debba intendersi soltanto come relativa ad epoca anteriore alla divisione del predio originario e che ad ogni modo la mancanza dall'art. 633 richiesta di ogni disposizione in ordine alla servitù voglia accennare soltanto ad una clausola speciale relativa alla servitù, che senza la disposizione speciale risulterebbe dalla destinazione del padre di famiglia, e non ad una generale assenza di ogni specie di servitù; dal momento che quella clausola, altrimenti,

(1) *Codice civile italiano commentato*, vol. III, § 88.
(2) Loc. cit.

Digitized by Google

« deve produrre il grave effetto di mutare lo stato attuale apparente delle cose ».

Per verità, non ci sembra di potere generalmente e per ogni caso, senz'altro, accedere a questa interpretazione. La clausola di alienazione di un fondo come libero da ogni servitù, quale altro scopo pratico può avere, se non quello di eliminare i dubbi che potrebbero sorgere dall'interpretazione di una volontà presunta in base a taluni segni esterni di destinazione? Nel caso che questi segni esterni facciano arguire l'esistenza di una servitù, è bene opportuno che venga fuori il proprietario alienante a dichiarare in forma espressa ch'egli intende appunto di alienare un fondo libero da ogni servitù, allorchè egli intende di eliminare gli equivoci e di contrariare espressamente e direttamente una costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia. D'altra parte l'espressione, per quanto generica, è pure nel tempo stesso sufficientemente specifica; perchè, quando si dice che il fondo deve essere libero da ogni servitù, s'intende alludere anche a quella servitù che potrebbe risultare dalla destinazione del padre di famiglia in occasione dell'alienazione del predio originario. Del resto, è inesatto, del tutto erroneo l'asserire che una tal clausola si riferisca ad epoca anteriore alla divisione del predio originario; perchè, dicendo che i fondi si alienano liberi da ogni servitù, s'intende proprio alludere al momento dell'alienazione e agli effetti dell'alienazione stessa, non già ad epoca anteriore all'alienazione e ad uno stato che debba persistere in senso esclusivo della servitù. Infatti non può l'alienante dire: vi alieno un fondo libero da servitù, perchè non era affetto da servitù quando trovavasi presso di me. Un tale ragionamento non varrebbe a niente, trattandosi di alienazione di parte del fondo e non di tutto il fondo; nè, data questa divisione del fondo originario, può l'alienante dire che ne aliena una parte libera da servitù, senza intendere implicitamente che vuole contrariare gli effetti che potrebbero desumersi dalla destinazione del fondo originario, come costitutiva della servitù stessa. Che il fondo fosse libero quando era unito, ossia prima della divisione, è perfettamente inutile il dirlo: quello che bisogna dire si è che rimanga libero nelle sue parti dopo

Digitized by Google

la divisione e malgrado la precedente destinazione del padre di famiglia. Ed è per lo appunto questo che vuol dire l'alienante con la sua amplissima dichiarazione di libertà, poichè appunto non potrebbe aver voluto dir altro nè diversamente. Certo avrebbe fatto meglio a spiegare ch'egli intende parlare d'una siffatta libertà della parte di fondo alienata, anche ed anzi soprattutto in riguardo colla precedente destinazione delle parti di esso; ma l'avere omesso questo esplicito richiamo, mentre nè la legge nè la logica gliene presentava obbligo di sorta, non sembra debba essere motivo di approvare l'interpretazione favorevole agli effetti di una destinazione, contro la quale era rivolto il latino dell'alienante, soprattutto.

S'intende poi del resto che la destinazione si deve ritenere come produttiva di servitù a seguito della divisione, allorquando non solo l'iniziativa della destinazione stessa ebbe origine dall'alienante, ma anche quando abbia avuto origine da un suo anteriore dante causa ed egli siasi limitato a lasciarvela, facendola così ad un tempo propria: perciocchè quest'interpretazione così lata trova riscontro nelle parole precise dell'art. 632. Ma del resto non è neppure rilevante che il proprietario alienante parte del fondo originario abbia ricevuto quel fondo tutto intiero come lo possiede prima di alienarne una parte; oppure che lo abbia ricevuto in due parti distinte e da due proprietari diversi, che avessero tra i due fondi, diremo così, preoriginari, magari per titolo costituito regolarmente un rapporto di servitù. Vuol dire che in tal caso noi assistiamo ad un rapporto giuridico e poi al suo inverso. Prima un servizio esisteva ed era attuato *iure servitutis* tra due fondi diversi ed appartenenti a diversi proprietari; poi esistè e fu attuato *iure proprietatis* tra due parti di un fondo unico posseduto da unico proprietario; infine tornò ad essere esercitato *iure servitutis*, grazie alla divisione del predio che si era costituito per la riunione dei due predii primitivi. Del resto l'importanza dello stato di fatto della destinazione di un predio originario è tale, che, senza una tempestiva dichiarazione di volontà contraria, ogni manifestazione volontaria posteriore all'alienazione di parte del fondo originario stesso non sarebbe più efficace, non solo: ma sarebbe vano invocare presunzioni

Digitized by Google

aliunde che possano in qualche modo contrariare la presunzione *iuris* della volontà in funzioni di destinazione; dappoichè è risaputo che una presunzione *iuris* è di gran lunga più potente di qualsiasi presunzione *hominis*, comechè l'una e l'altra siano vinte del pari da una prova del contrario. È del pari bensì evidente che la destinazione del fondo o fondi divisi deve risultare dal fatto e non può per via di presunzione; dappoichè, se si schiudesse l'adito alle presunzioni allorchè vi sono dei fatti noti, non si può più vedere dove si andrebbe a terminare: tali e tante sarebbero le incongruenze e le inesattezze e i metodi falsi che scaturirebbero da un tale giuoco di presunzioni non necessarie, nè opportune, nè giuste. Evidentemente altresì, qualora le traccie della destinazione precedente scomparissero in tutto od in parte grazie ad atti o fatti immediatamente o di poco posteriori all'alienazione (è questo il caso più verisimile), può essere ammessa la prova testimoniale per determinare i fatti dai quali la destinazione stessa s'intende sôrta, riferibilmente al periodo in cui l'alienazione stessa ebbe luogo: dappoichè è risaputo che con testimoni possono provarsi fatti di qualsiasi entità ed importanza e dai quali possa sorgere un diritto ad obbligazione per somma anche superiore alle lire 500. Se l'interpretazione dei fatti di destinazione richieda il giudizio di una persona dell'arte, si dovrà naturalmente ricorrere all'opera del perito, tanto mediante accessi sopra luogo, quanto (a seconda dei casi) per mezzo di elaborati sulle risultanze delle prove testimoniali o di altre prove quali che siensi, della cui maggiore o minore efficacia siasi fatto acquisto all'istruttoria della controversia. Così pure il giudice dovrà e potrà dire, indipendentemente del tutto, la sua ultima parola su queste risultanze e su questi apprezzamenti; come altresì, trattandosi di pronunciato di merito, la decisione del giudice nel senso di ritenere o no esistente la destinazione ed i fatti ad essa riferibili non potrà mai formare oggetto di gravame in Cassazione. Infine, dovrà praticamente usarsi molta cura per distinguere, in occasione di constatazioni posteriori all'alienazione, quando è che i fatti i quali costituirebbero il contenuto della destinazione dovessero davvero considerarsi come genuini e veramente attri-

Digitized by Google

buibili all'alienante; e quando è invece che si dovesse ritenere che questi segni esteriori, con apparenze più o meno antiche, fossero stati posti ad arte dall'acquirente di una delle parti del fondo smembrato. Poichè non è impossibile che un acquirente dotato di speciali cognizioni tecniche possa tanto abilmente simulare le traccie di una destinazione speciale del fondo diviso, la quale risalisse ad epoca anteriore allo smembramento di esso da trarre in inganno per lo meno a tutta prima e da richiedere un esame minuto allo scopo di condurre ad una ricostruzione tecnica della storia delle opere sospette.

Digitized by Google

LIBRO TERZO

PERDITA

Bibliografia.

FADDA. — *Estinzione di servitù prediale* (*Ann. critico*, x, I, 8).

I compilatori giustinianei saviamente ritennero di concentrare in un titolo apposito, ch'è il titolo 6 del libro 8, tutte quante le disposizioni relative alla perdita delle servitù; rivelandosi così l'intenzione loro caratteristica di dare alla trattazione delle servitù prediali uno sviluppo talmente organico, quale non ravvisiamo pur troppo in molti altri istituti che formarono oggetto delle loro cure. Per tal guisa e da un tal punto di vista noi possiamo dir quasi che nel disciplinare la materia delle servitù i compilatori soddisfecero ad un tempo alle esigenze della teoria ed a quelle della pratica. Pur tuttavia in questo titolo noi troviamo ben sei frammenti fortemente indiziati d'interpolazione: le espressioni *statuto tempore, duplicato constituto tempore, per constitutum tempus, statutum tempus* rivelandovi chiaramente, come fu osservato dal GRADENWITZ (1), la mano alteratrice dei compilatori giustinianei. Ma da questa opera dei compilatori, per vero dire, noi non possiamo asserire di aver ricevuto un danno sensibile, per quanto concerne la nostra dottrina, la quale sostanzialmente, anche per questa parte, rimane oggi come era secondo i Romani. Tra le cause di estinzione di servitù fu

(1) In *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, 7.

Digitized by Google

considerato altresì lo spirare del tempo pel quale la servitù era stata stabilita col titolo, per effetto della cosiddetta condizione risolutiva, espressa o tacita. L'errore di considerare la servitù in questa ipotesi estinta per effetto della funzione risolutiva del termine è strettamente connesso coll'errore di considerare la risoluzione condizionale o *ad tempus* come una condizione risolutiva, dimenticando gl'insegnamenti della romana sapienza, secondo la quale non poteva darsi che una sola condizione, la condizione sospensiva.

Nel considerare dunque la risoluzione per effetto del tempo come una condizione, si viene a falsare persino la volontà delle persone che concorsero alla formazione del titolo della servitù. Le parti non vollero punto sottoporre a condizione la durata dell'esercizio del diritto di servitù; tanto non la vollero sottoporre a condizione, che anzi la determinarono sin dapprincipio chiaramente, poichè dissero e dichiararono che la servitù dovesse durare, a mo' d'esempio, tre o quattro o cinque o dieci anni. Cessato questo tempo, la volontà delle parti diretta alla costituzione della servitù, così come è stata manifestata, non dura più, e, per la prosecuzione dell'esercizio della servitù, richiede una nuova dichiarazione di volontà che abbia valore di per sè stessa indipendentemente dalla prima, almeno di regola e tranne che si cada nella ipotesi di presunzione di volontà tacita in rapporto alla volontà precedentemente manifestata e secondo la consuetudine dei luoghi. Come accada che scaduto il tempo al quale si volle limitare nel titolo costitutivo la durata della servitù, questa cessi, è facile arguirlo dal principio: *dies interpellat pro homine;* dappoichè, essendo il contenuto della servitù limitato per ragione di tempo, evidentemente, questa limitazione rientra negli estremi e dentro il campo della servitù stessa. Non è già che allo spirare del tempo la servitù si perda, perchè oltre quel tempo non si è mai acquistata; e neppure potrebbe dirsi che la servitù finisca a quel punto, solo perchè a quel punto cessa di esercitarsi, qualora per fine s'intendesse la estinzione giuridica dell'istituto. Infatti la estinzione giuridica di un istituto non può mai confondersi colla durata limitata all'istituto stesso imposta dal titolo; specialmente quando si tratta di un istituto, come quello della servitù, a

Digitized by Google

sua volta limitatore di un diritto ottimo massimo, vale a dire del diritto di proprietà.

La servitù è stata costituita per un tempo determinato e non può durare oltre quel tempo: la sua cessazione fisica non è la causa di una corrispondente estinzione giuridica, come potrebbe esserlo la confusione della qualità di proprietario del fondo dominante colla qualità di proprietario del fondo serviente. Appena spirato dunque quel termine e oltre l'espiro di quel termine, non vi ha cessazione della servitù, perchè non vi ha possibilità di durata della servitù stessa: e non vi ha possibilità di durata della servitù, appunto perchè il titolo non vi si presta nè vi si può prestare, essendo un titolo a durata transitoria. Ciò che dicesi della durata temporanea della servitù in rapporto al suo titolo non può peraltro estendersi al patto di riscatto della servitù stessa; poichè nel patto di riscatto la risoluzione della servitù resta effettivamente *in facultate* del proprietario del fondo onerato della servitù stessa e però non lascia supporre una fine certa come nel caso di un *dies statutus*, ma soltanto una fine eventuale, possibile. In tal caso, verificandosi la risoluzione per effetto del riscatto, può e deve dirsi che siamo in presenza di una causa di estinzione del diritto di servitù, veramente; dappoichè è necessaria una nuova dichiarazione di volontà da parte del proprietario del fondo serviente, ammesso allo esercizio del riscatto, e questa dichiarazione di volontà (ammessa dal contratto o titolo costitutivo della servitù) è dessa la causa prossima e immediata della perdita o cessazione della servitù, la quale per il semplice titolo costitutivo nè per allora nè per altro tempo determinato resterebbe designata con certezza all'estinzione. Or dunque è naturale che tra le due ipotesi distinzione vi sia, e che questa distinzione si debba ripercuotere anche nella costruzione dommatica: tanto più che neppure in diritto romano riponevasi la fine della durata d'una servitù a tempo come causa d'estinzione giuridica della servitù stessa, e molto meno esattamente come causa di perdita della medesima. La qual cosa chiaramente si evince da ciò, che la durata prestabilita e predeterminata in quantità di tempo costituisce precisamente parte essenziale e integrale del contenuto della servitù, quale

Digitized by Google

e quanto desso è, e lo determina oggettivamente in forma essenziale; talchè, fin dal momento della costituzione di una tale servitù è agevole determinare, fissare anche la sua quantità, oltrechè la sua qualità: per guisa che, al momento in cui la servitù finisce, questa sua fine si spieghi col suo principio e a questo direttamente si riconnetta, e il principio sia spiegazione giuridica della fine siccome la fine è spiegazione del principio.

A tali ragioni vuolsene aggiungere un'altra: e cioè che non v'ha in tutto il diritto istituto destinato alla perpetuità, e quindi neppure l'istituto della servitù, la cui durata temporanea è cosa dovuta anche alle esigenze giuridiche; specialmente trattandosi d'istituto attinente a qualche vincolo prediale. Se dunque la servitù dev'essere come tutti gli altri istituti giuridici, ed anche in modo speciale, designata ad una durata transitoria, evidentemente questa durata transitoria, quando si conosce sin dapprincipio, non è causa di estinzione o di perdita della servitù stessa (dal punto di vista esattamente giuridico), ma piuttosto costituisce una modalità della sua esistenza, una sua determinazione pratica, un suo indice economico e giuridico a un tempo, che ne specifica appunto e ne determina la modalità essenziale della durata, la quale noi appunto poniamo sin dapprincipio doversi intendere determinata e limitata. Un fatto invece che si traduca nella fine dell'esercizio della servitù per noi non può essere interessante come causa di estinzione della servitù stessa, se non allorquando esso non è stato previsto o non è stato precisamente previsto nell'atto costitutivo della servitù, ma è effetto di un negozio giuridico nuovo o di una nuova dichiarazione di volontà; sia che proceda da entrambi i contraenti, sia che proceda da uno solo di essi, sia che proceda da un terzo in buona forma legale, analogamente e conformemente al titolo costitutivo stesso e alle clausole in esso incluse a questo riguardo.

Per la perdita, dal punto di vista giuridico, delle servitù in causa dell'apposizione di un termine alla costituzione loro vi è anche una difficoltà maggiore, che risulta dalla natura della servitù stessa e dal modo di costituzione di essa, che, appunto per la sua natura, non può essere a tempo. Abbiamo

Digitized by Google

un testo preciso per le servitù prediali: la l. 4 pr., Dig. 8, 1, nella quale PAPINIANO espressamente esclude che le servitù possano costituirsi *neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem:* e ciò perchè vi si contrappone il diritto stesso, *ipso quidem iure*, vale a dire perchè la *causa perpetua* della servitù prediale vi troverebbe un potentissimo ostacolo. Nondimeno e malgrado questo divieto, PAPINIANO trova subito il correttivo della *exceptio pacti vel doli* da contrapporsi a colui che rivendica la servitù sulla base della causa perpetua. Evidentemente, queste ragioni che ammettono l'azionabilità del patto di durata temporanea darebbero un gran colpo alla perpetuità della causa della servitù, se la loro stessa introduzione quasi di straforo e per effetto dell'equità pretoria non rivelasse naturalmente, sicuramente l'intenzione appunto di salvare quel principio della perpetuità della causa. Secondo noi, questa della *causa perpetua* delle servitù prediali è la vera ragione della regola generale posta e ribadita da PAPINIANO e della timida eccezione dovuta unicamente alla tutela del patto: e sono inesatte le ragioni addotte dal WINDSCHEID come cause principali di una tale risoluzione (1), che cioè la forma solenne dell'antica costituzione delle servitù non permettesse l'aggiunta di un patto speciale per una durata precaria e che il diritto romano più antico nudrisse una speciale avversione a tutti i termini. La prima di queste spiegazioni date dal WINDSCHEID troverebbe poi il suo complemento e la sua illustrazione nella seconda, ad ogni modo, perciocchè appunto l'avversione speciale per i termini non poteva essere che una conseguenza ed una forma del rigore e dell'efficacia del modo solenne di alienazione fornito dalla *mancipatio* e dalla *in iure cessio;* dato il rigore del contenuto formale di questi modi di costituzione dei diritti reali. La ragione vera conviene cercarla appunto più oltre, e cioè nella natura caratteristica dell'istituto della servitù: natura che può essa stessa collimare coll'esteriorità delle forme, ma che non meno per questo rimane causa principale essa del divieto di costituire delle servitù precarie.

---

(1) Vol. 1°, parte 2ª, delle *Pandette*, § 212, nota 9.

Digitized by Google

Però MARCELLO nei suoi Digesti (L. 3, Dig. 33, 3) ammette il legato condizionale di via; ma le difficoltà che si presentano di fronte alla causa perpetua delle servitù per un legato a tempo non ritornano a proposito di un legato condizionale, il quale è una cosa ben diversa. E, quando pure si trattasse di termine, noi sappiamo che i Romani annettevano una grande importanza alle disposizioni di ultima volontà e che talora spingevano il rispetto verso di esse sino al punto da riconoscere e da ammettere per questo effetto delle regole speciali ed anche diametralmente opposte a quelle vigenti in materia contrattuale. Ad ogni modo il WINDSCHEID si è lasciato troppo impressionare dal diritto attuale, e dalla conciliazione di esso coi principî del diritto romano che egli cerca di adattare appunto a giustificazione del diritto attuale spezzando una lancia (senza parerlo) a tutto benefizio della vieta condizione risolutiva. Vi sono altri autori invece, come il GLÜCK, i quali più giustamente non annoverano punto lo spirar del tempo come causa di estinzione della servitù, appunto perchè la servitù non può estinguersi ad un termine preordinato, ma deve finire per qualche causa non preordinata dalle parti e indipendente dalla costoro volontà, se non per quanto possa forse riferirsi all'attività loro nella utilizzazione e nella destinazione delle cose appartenenti al loro patrimonio. Sul fatto della destinazione e del mutamento di essa si discuterà poi in modo speciale a suo luogo, per esaminare se ed in quanto esso cambiamento possa o debba influire nell'estinzione della servitù; e soprattutto per determinare se la sua influenza abbia o non abbia un limite e quale limite abbia, perchè non sia lecito all'una o all'altra delle parti o ad entrambe di venir meno arbitrariamente alla sostanza dei fatti oppure alla natura dell'istituto giuridico.

Potrebbe anche essere interessante lo studio sulla differenza tra le cause di estinzione delle servitù personali e quelle delle servitù prediali. Ed infatti è notevole come le servitù prediali non si estinguano punto per la morte di colui che ebbe ad acquistarle, dappoichè esse non sono acquistate alle persone dei proprietari dei fondi, ma semplicemente ai fondi e proprio ai fondi all'infuori delle persone. Questa differenza tra le servitù prediali e le personali conduce

Digitized by Google

sino al punto, che nelle prime la servitù finisca per l'estinzione del fondo il quale ne forma oggetto, e nelle seconde il perimento della cosa non abbia influenza sull'esistenza o meno della servitù? Convien riflettere che anche le servitù personali, comechè abbiano per soggetto attivo una persona, hanno sempre per loro oggetto una cosa della quale si deve usufruire od usare, ovvero una casa la quale devesi abitare. In altri termini, l'oggetto della servitù personale è sempre reale come è l'oggetto della servitù reale. Quindi, anche per il perimento della cosa, quando è totale (art. 515), l'usufrutto va ad estinguersi; mentre le servitù prediali, com'è naturale, vengono a cessare quando le cose poste in rapporto di servitù finiscano col trovarsi fuori d'uso e non offrano neppure la probabilità di un futuro uso (art. 662). Che anzi nell'usufrutto noi possiamo ravvisare un maggior rigore quanto al requisito reale: nel senso che, quando pure sia rimasta una parte minima della cosa usufruita o usata, o della casa abitata, l'usufrutto, l'uso o l'abitazione continuano a sussistere sulla parte rimanente, per quanto esigua, per quanto limitata sia dessa; mentre nelle servitù prediali il perimento del fondo dominante o del fondo serviente, per essere giudicato causa della estinzione della servitù, deve essere relativo all'uso della servitù stessa o dei fondi relativi considerati nel loro rapporto di servitù. Quindi è che, fino a quando della casa ch'è oggetto dell'usufrutto rimane una camera, su questa camera rimane circoscritta la servitù di usufrutto; mentre di uno dei due fondi posti in rapporto di servitù può rimanere la parte maggiore, senza che tuttavia possa ritenersi perdurare la servitù.

Nell'usufrutto non si guarda all'uso, mentre nelle servitù prediali all'uso vuolsi aver riguardo per determinare se la servitù sussista ancora, oppure se debba intendersi terminata. Invece che una realità maggiore del diritto reale nel caso di usufrutto in confronto di quanto accade per le servitù prediali, ci sembra sia da pensarsi ad un diverso atteggiamento della caratterizzazione obbiettiva in un caso e nell'altro, nel senso che nell'usufrutto e nell'uso massimamente non è determinata la specie del godimento che il titolare della servitù può trarre dalla cosa sulla quale egli esercita

Digitized by Google

il suo diritto, mentre nella servitù è chiaramente determinata l'utilità e il modo di sfruttamento del fondo serviente che costituisce il contenuto della servitù stessa. Le facoltà dell'usufruttuario circa il godimento della cosa sono più vaste e si presentano illimitate di fronte alle facoltà del proprietario del fondo dominante, il quale non può spaziare tra una forma e l'altra di godimento, ma deve attenersi a quella specie di godimento o di sfruttamento ch'è prevista dall'atto costitutivo della servitù. Questo per diritto nostro: in diritto romano richiedevasi per il perimento della servitù di usufrutto la essenziale trasformazione della cosa usufruita. Ma anche in questo caso prevaleva la considerazione della illimitata facoltà di sfruttamento attribuita all'usufruente: non si domandava dunque una trasformazione relativamente ad un determinato uso, come potrebbe richiedersi per la servitù prediale in rapporto all'oggetto della servitù, ma una trasformazione essenziale che precludesse la via ad ogni qualsiasi specie di sfruttamento, considerando la libertà dell'usufruente di dedicarsi ad una o ad altra utilizzazione del fondo come essenziale nell'esercizio del diritto di usufrutto. Nella servitù prediale, invece, non può l'utente emanciparsi da quelle modalità, da quei termini ai quali la servitù stessa nel suo campo rimase circoscritta in conseguenza e in corrispondenza della sua costituzione: la qual cosa non è tanto insita ad una diversa intensità nel carattere reale (perchè anche le servitù personali hanno consistenza in una data cosa e non in cosa diversa da quella sulla quale furono originariamente costituite), ma piuttosto dipende dal diverso contenuto delle servitù personali e delle reali, e precisamente dal fatto che nelle servitù reali sono contrapposti nel rapporto giuridico dei fondi, mentre nelle servitù personali il fondo non è che l'oggetto del diritto, non già il soggetto (vuoi attivo, vuoi passivo) del diritto stesso. La differenza tra il diritto romano ed il diritto nostro attuale, quanto all'estinzione dell'usufrutto, sta in ciò: che, come si disse, il diritto romano ritiene l'usufrutto estinguersi per trasformazione essenziale, mentre il diritto nostro espressamente richiede il perimento totale della cosa; accentuando così anche maggiormente la facoltà dell'usufruttuario di servirsi in tutti i modi, fino

Digitized by Google

all'ultimo, senza limitazioni o restrizioni, della cosa usufruita, dalla quale egli può sempre trarre delle utilità particolari che altri all'infuori di lui probabilmente non potrebbe trarre e senza che sia obbligato a giustificare la ragione del suo sfruttamento in un modo o nell'altro, nei limiti dell'usufrutto e senza invadere le facoltà del proprietario.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

CAUSE GENERALI E LORO SPECIALE COMPORTAMENTO

Bibliografia.

CARNAZZA G. — *La estinzione delle servitù « interitu rei »*: conciliazione delle ll. 34 e 35, Dig. 8, 3, colle ll. 14 e 19, Dig. 8, 6.

CLAPS. — *L' « usucapio libertatis » e la prescrizione decennale nel diritto civile italiano* (*Foro italiano*, 1898, I, 201).

FRIEDMANN. — *Die Wirkung der « confusio » nach dem römischen Rechte;* Greifswald 1884.

GIORDANO L. — *Del non-uso delle servitù prediali;* Oneglia, tip. Ghilini, in-8°, 1893.

LORA A. — *Osservazioni sulle ll. 27 e 34, Dig. 8, 3, e sulla l. 30, § 1, Dig. 8, 2.*

LUPARIA VINCENZO. — *Il semplice non-uso possibile di una servitù discontinua fa esso perdere il possesso?* (*Giur. it.*, 1879, IV, 571).

PICINELLI G. — *Sulla l. 6, § 1, Dig. 8, 6;* Cagliari, tipografia del *Corriere*, 1883.

Vi sono delle cause generali della estinzione dei diritti, le quali vogliono anche applicarsi all'estinzione delle servitù in genere e delle servitù prediali in ispecie: siccome peraltro tali cause, a riguardo delle servitù, si comportano o si possono comportare in un modo speciale, così è naturale che noi dobbiamo tenerne proposito espressamente, senza riferirci in tutto, oppure oltrechè riferirci alla parte generale che di quelle cause determina le funzioni in rapporto all'estinzione di qualsivoglia specie di diritti. Queste cause generali di estinzione sono: la confusione, la prescrizione, il perimento del fondo dominante o del fondo serviente Che di esse convenga fare un'esposizione speciale a riguardo delle

Digitized by Google

servitù prediali si può confortare anche coll'esempio di quanto i compilatori giustinianei fecero, accogliendo sotto il tit. 6 del lib. 8 dei frammenti relativi pure a queste cause, ed anche fuori di questa sede portando qualche questione relativa, p. es., alla confusione (L. 30, § 1, Dig. 8, 2). È dunque chiaramente confermato che queste cause generali offrono un particolare interesse a riguardo dell'istituto delle servitù, tanto che per noi sarebbe colpa non farne proposito in modo particolare qui e rimandare invece puramente e semplicemente alle dottrine generali. Si comprende che quest'attitudine speciale che le cause estintive di diritti in genere assumono o possono assumere applicandosi in modo speciale alle servitù prediali non può mai essere o trovarsi comunque in contraddizione coll'attitudine generica che queste cause stesse hanno o possono avere e manifestare in generale nell'estinzione di tutti i diritti e di qualsivoglia diritto. La difficoltà consiste nel non ridurre questa trattazione differenziale ad una mera casistica, ma nell'ordinare la trattazione stessa in forma sistematica e razionale; specialmente ricercando volta per volta se e per quanto le soluzioni speciali proposte costituiscano un'applicazione delle regole generali, anche allorquando sembrano in qualche modo discostarsene. Ora senza dubbio, dal punto di vista del metodo, questo dimostrare l'applicazione delle regole generali nei casi singoli, anche con uno speciale comportamento, è cosa importantissima; ed è cosa che presenta sempre un'importanza pratica considerevole. Questo speciale comportamento delle cause generali di estinzione, a riguardo delle servitù, è dato dalla necessità di adattare queste regole e di coordinarle colle altre regole che riguardano la natura delle servitù, la loro nascita, il loro funzionamento pratico. Del resto, se per giungere a questa considerazione del comportamento pratico delle regole generali a proposito delle servitù prediali si dovesse anche ripetere in tutto o in parte il contenuto di quelle regole, non sarebbe poi così grave il danno per la ripetizione, da non essere compensato in tanto di guadagno per la maggiore chiarezza dei concetti. D'altra parte è anche esatto il ritenere che i principî generali non possano avere migliore e più perfetta esplicazione, se non al momento di applicarli

Digitized by Google

a qualche caso speciale; perchè appunto dal modo della sua applicazione e dalla sua portata pratica si discerne il valore e l'attitudine di un principio giuridico d'ordine generale. Il più esatto metodo di studi giuridici sarebbe che prima di stabilire un principio generale si ricercassero tutte le applicazioni pratiche di esso, per quindi generalizzare con maggiore esattezza e in forma del tutto sperimentale. Questo metodo evidentemente non può essere adottato che in una trattazione generale di tutto il diritto, e non già in una trattazione speciale delle sole servitù: per conseguenza noi dobbiamo contentarci di partire dai principî generali e quindi discendere alla applicazione di essi alle servitù, nell'intento di porre in luce, se vi è, qualche modalità speciale di comportamento, qualche speciale determinazione, qualche speciale applicazione di cui non solo teoricamente, ma anche praticamente si possa trar profitto nella nostra trattazione. Evidentemente, se per condurre praticamente le nostre ricerche ci sarà dato fare e risolvere dei casi, questo non basterà, speriamo, a procurarci l'accusa di empirismo. Molte osservazioni speciali alla materia delle servitù dovremo fare a riguardo delle servitù considerate in rapporto colla proprietà: e ciò per la ragione che l'esercizio della servitù di fronte all'esercizio della proprietà, e lo stesso diritto potenziale e dinamico dell'una di fronte all'altra conducono sempre più a rilevare come il diritto di proprietà sia la regola e il fondamento di ogni costruzione patrimoniale dei predi e il diritto di servitù vi pulluli attorno in un'esistenza del tutto subordinata, che potrà condurre ad una coordinazione di tutto quanto un sistema di possesso in una determinata zona, ma che, considerata in rapporto ad un fondo isolato o a due fondi isolati, ossia all'infuori di una sistemazione generale, rivela apertamente la sua indole di inferiorità e quindi determina una considerazione sfavorevole ed eccezionale per la servitù in confronto di un diritto, che, come la proprietà, è sempre il diritto ottimo massimo di tutti i diritti patrimoniali e reali. I rapporti tra la *usucapio libertatis* od una *usucapio libertatis* del fondo serviente e la prescrizione estintiva della servitù nel fondo dominante formano l'argomento di sottilissimi studi, nei quali è facile rasentare il sofistico e l'astruso

Digitized by Google

per eccessivo amore di sottigliezza. Evidentemente poi, per risolvere il quesito dell'*usucapio libertatis* non si possono applicare principî generali, ma soltanto principî speciali desunti dalle condizioni di un fondo che non è o non fu libero, e però dall'indole e dalle funzioni del diritto di servitù, in quanto appunto l'esercizio della servitù costituisce una limitazione, contro la quale quella libertà del fondo verrebbe ad usucapire la propria pienezza.

Digitized by Google

CAPO I.

Consolidazione.

109. Costruzione dell'istituto. — 110. Unione della servitù con la comproprietà. — 111. Reintegrazione di servitù consolidata, per diritto romano. — 112. L'istituto nel Codice civile italiano. — 113. Se si possa applicare il concetto di risurrezione anche alla consolidazione.

109. La confusione è un'evenienza di fatto che ricorre spesso in materia giuridica, e sempre naturalmente con effetti estintivi. GAIO a questo riguardo (L. 1, Dig. 8, 6) è stato esplicito: *servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.* Per giustificare questa soluzione gaiana, che del resto è armonica coi principî generali di tutto il diritto, non ci sembra punto necessario di ricorrere alla spiegazione — *nemini res sua servit* — come, nel caso di estinzione di una obbligazione per la confusione in una sola persona della qualità di debitore e di creditore, è superfluo ricorrere alla spiegazione — *nemo sibi ipse debere intelligitur* —. Queste sono spiegazioni speciali e come altrettante faccie di una spiegazione più generale, la quale avvisi non alle conseguenze della confusione in un eventuale tentativo di esercizio del diritto o diritti che ne formano oggetto, ma bensì ad una necessità giuridica di costruzione che s'impone per la natura stessa dell'istituto di cui si tratta, in tutti i casi egualmente e senza distinzione. La confusione opera di diritto, anche senza, anche prima che l'esercizio del diritto o della facoltà confusa si dimostri praticamente impossibile; opera di diritto, e cioè senza dilazione o procrastinamento, ma per effetto della sola contemporaneità nella quale si avvera la confusione. Anche per le servitù prediali, dove il servizio è reale, interviene la confusione, comechè la considerazione delle persone generalmente non influisca nè nella vita nè nella trasformazione del diritto. Forse sarebbe più esatto trovare per le servitù prediali una formula di estinzione, nella costruzione della quale non ricorresse la menzione delle persone o della persona: ma questo è impossibile d'altro canto nella confusione, ch'è una funzione tutta relativa alle persone e non alle cose. Potrebbe

Digitized by Google

dirsi essere intervenuta od intervenire la confusione come estintiva della servitù, allorchè il fondo dominante e il serviente cessano di esser tali per la loro riunione in proprietà d'una sola persona; ma anche con questa formula la confusione si avrebbe per la riunione della proprietà in una persona sola, talchè questa verrebbe sempre ad essere la causa prima della confusione. Del resto, se anche da questa riunione della proprietà dei due fondi in un proprietario unico potesse considerarsi come un fatto di destinazione o come avente tratto ad un fatto di destinazione, anche per la destinazione converrebbe risalire al fatto dell'uomo, alla considerazione della persona. Ma, non per questo che il fenomeno della confusione deve e può risalire ad un fatto personale, vale a dire all'unione della proprietà dei due fondi in una persona sola, deve dirsi che la costruzione — *nemini res sua servit* — sia addirittura la migliore e la veramente esplicativa con esattezza del rapporto giuridico che dà vita alla confusione della qualità di dominante colla qualità di serviente. Potrebbesi infatti contro l'esattezza di una tale espressione obbiettare che non si domanda nè si ricerca, nelle servitù prediali, un servigio di cosa a persona, ma effettivamente, dal punto di vista giuridico, di cosa a cosa.

Il servigio è appunto da fondo a fondo; e se è da fondo a fondo, sembra più logico assegnare alla confusione una ragione desunta da ciò, che, dopo l'unione delle due qualità di proprietario del fondo dominante e di proprietario del fondo serviente in una persona sola, il fondo originariamente serviente non possa più servire al fondo originariamente dominante. Insomma il processo inverso della destinazione delle varie parti di un fondo originario, il quale viene poi a dividersi tra due o più proprietari, rivela l'unione di parti prima staccate e che poi vengono a formare un tutto unico a scapito del rapporto di servitù. Nel primo caso per noi non appariva che un semplice fenomeno di divisione di un predio originario, rapportato ad uno stato di fatto o di destinazione del predio originario stesso prima della sua divisione; questo fenomeno di divisione, assorbito nel fenomeno della destinazione originaria, ci dava una perfetta spiegazione del sorgere della servitù. Ma ora, obbligati a far la

Digitized by Google

strada opposta, alla divisione possiamo ben contrapporre la riunione, ma non troviamo in una destinazione anteriore a questa riunione una spiegazione plausibile della ragione dell'inesistenza della servitù, ovvero della cessazione di essa per causa di confusione. Prima di una tale riunione l'esistenza della servitù non ci rivelava infatti la destinazione del padre di famiglia, propriamente, ma bensì in molti casi ci può aver rivelato soltanto l'efficacia di un titolo di costituzione o di una prescrizione acquisitiva. In un solo caso si potrebbe trovare l'addentellato con uno stato di precedente destinazione: quando cioè i due fondi originariamente divisi e che poi vengono a formare un fondo solo, fossero entrati tra loro in rapporto di destinazione del padre di famiglia, in seguito alla divisione di un fondo originario eguale a quello che poi fu formato per la riunione dei due fondi posti in rapporto di servitù e derivanti questo loro rapporto dalla destinazione impressa dal padre di famiglia sull'unico fondo originario. Ma in tal caso è da notarsi che la destinazione del padre di famiglia sarebbe troppo lontana dal momento estintivo della servitù, in modo che la confusione (causa di una tale estinzione) non potrebbe in modo alcuno a quella destinazione riportarsi come a sua vera e propria spiegazione. La estinzione non può dunque riportarsi, quando è prodotta dalla confusione, ad una posizione perfettamente inversa a quella della costituzione, quando è prodotta dalla divisione del fondo originario, grazie ad un fatto di destinazione: l'inversione della posizione è negli effetti e non sostanzialmente nella costruzione giuridica, perchè appunto una destinazione dei due fondi quando erano separati non apparisce dovuta alla destinazione del padre di famiglia o dei padri di famiglia proprietari dei due fondi. La riunione dei due fondi è essa il fatto decisivo dell'estinzione per confusione: mentre il fatto decisivo della nascita per destinazione del padre di famiglia era bensì la divisione del fondo originario, ma rapportata sempre a quella destinazione del padre di famiglia, poichè senza di essa non poteva avere un significato qualsiasi per la costituzione delle servitù. Nelle servitù personali questo fenomeno di confusione in una sola persona della proprietà del fondo dominante e della proprietà del fondo serviente

Digitized by Google

diviene consolidazione; ma non può dirsi la stessa cosa, perchè nell'usufrutto il fondo non serve al fondo, bensì alla persona: e forse, se mai in alcun caso, in questo della consolidazione dell'usufrutto colla proprietà si potrebbe invocare il principio — *nemini res sua servit* —, appunto avuto riguardo alla persona come a termine essenziale. La persona dell'usufruttuario, venuta alla proprietà del fondo usufruito, può chiamare certamente *res sua* la cosa sulla quale aveva prima ed esercitava semplicemente il diritto di usufrutto e sulla quale ora vanta la proprietà e non potrebbe più vantare la servitù attiva di usufrutto, perchè questa, divenuta effettivamente *res sua*, non potrebbe a lui divenire o rimanere serviente per via d'usufrutto. Si tratta dunque di consolidazione e di assorbimento del diritto minore di usufrutto nel diritto maggiore della proprietà. Ebbene potrebbesi tentare per le servitù prediali una costruzione analoga alla consolidazione, anche nell'ipotesi che il proprietario del fondo dominante divenga ad un tempo proprietario del fondo serviente o viceversa? Non è anche qui una facoltà od un diritto maggiore, che abbraccia e comprende una facoltà od un diritto minore? Il proprietario del fondo dominante non ha più sul fondo che prima era serviente un diritto frazionario della proprietà, ma addirittura il diritto di proprietà pieno e completo: nè si comprende che uno il quale vanta o può vantare lo *ius optimum maximum* faccia ricorso alle briciole di questo diritto pieno e delle briciole si contenti, oppure accanto al pasto completo curi di mantenere e di riservarsi le briciole.

Lasciato da banda il pericoloso adagio (pericoloso in materia di servitù prediali, quando se ne possa fare a meno) — *nemini res sua servit* — nella natura stessa della servitù prediale e non prediale noi troviamo la spiegazione di ciò, che la servitù rimanga estinta allorchè il proprietario del fondo dominante divenga ad un tempo proprietario del fondo serviente o viceversa. A questo riguardo noi riterremmo vieppiù esatto il concetto del consolidamento anzichè quello della confusione: poichè non è tanto la riunione subbiettiva della qualità di proprietario dell'un fondo colla qualità di proprietario dell'altro fondo quella che determina l'estinzione della servitù, quanto e più davvicino il fatto che l'uno dei

Digitized by Google

due diritti, quello di servitù, come minore rimane assorbito nel diritto maggiore, ossia in quello di piena proprietà. Pur vi ha una certa difficoltà nel venire a questa conclusione, e l'analogia tra servitù prediali e servitù personali non resiste perfettamente: inquantochè l'usufrutto è un'utilità o un diritto che, staccato o congiunto con la nuda proprietà, si trova e si esplica necessariamente su tutte le cose in quanto suscettibili di utilizzazione o di sfruttamento; talchè, dove e quando non è tenuto ed esercitato dal proprietario, non può non aversi presso una persona diversa dal proprietario. La servitù prediale per contrario può essere costituita, può sorgere eventualmente come frazionamento della proprietà; ma, se non sorge al difuori della proprietà di un fondo, non è punto compenetrata nella proprietà del fondo stesso, perchè anzi non esiste. Dal momento peraltro che essa abbia esistenza, nessuno potrà negare alla medesima un funzionamento simile di molto a quello dell'usufrutto, nel senso della possibilità di un consolidamento del diritto frazionario col suo diritto fondamentale e quasi diritto-base, se l'espressione potesse ammettersi. La consolidazione opera estinzione, tanto se il diritto assorbito sia un diritto necessario e ordinario di sfruttamento spettante al proprietario, quanto se sia un diritto in aperta contraddizione colla proprietà e mai esercitabile dal proprietario stesso: essa opera appunto per l'impossibilità di concepire distinto un diritto minore che rimane logicamente e giuridicamente, teoricamente e praticamente assorbito in un diritto maggiore o diritto pieno. La confusione propriamente detta meglio si riscontra all'infuori della proprietà e dei diritti reali, più propriamente nei debiti e crediti derivanti da un diritto qualsiasi di obbligazione: l'erede del proprio debitore evidentemente confonde in sè stesso la qualità di debitore e quella di creditore; e questa è confusione vera, perchè non ammette alcuna spiegazione desunta dall'indole della proprietà o dal carattere dei diritti reali. Un tentativo di generalizzazione di una teoria della confusione e ai diritti personali e ai diritti reali, quale fu fatto dal FRIEDMANN (1), se pure non sia diretto

(1) *Die Wirkung der « confusio » nach dem römischen Recht;* dissert. inaugurale a Greifswald, 1884.

Digitized by Google

allo scopo specialissimo di scalzare l'inesatta spiegazione — *nemini res sua servit* —, può apparire lodevole come astrazione ed anche per talune ragioni pratiche, ma non è giusto perchè tende a far scomparire la distinzione essenziale tra diritti personali e diritti reali. Noi non crediamo quindi di poter essere fatti oggetto a biasimo, se, a ragion veduta e tenuto conto delle considerazioni tutte sopra esposte, riteniamo di dover portare una innovazione a questo punto della dommatica; preferendo l'espressione generalmente adoperata per l'usufrutto a quella che più correttamente deve abbandonarsi ai rapporti obbligatori di debito e credito. Mutuando una costruzione dall'usufrutto, ci troviamo più in terreno nostro e le inevitabili inesattezze dell'analogia ci saranno maggiormente perdonate.

110. La complicazione del consolidamento della servitù nella proprietà coi diritti di due o più comproprietari del fondo dominante non offre per vero difficoltà, se non forse apparentemente. Il punto di partenza per la soluzione deve essere il rispetto e la salvaguardia del diritto di ciascun comproprietario e di tutti i comproprietari, nel senso che uno di essi non possa pregiudicare agli altri. Quindi la soluzione è che, se la servitù è divisibile, essa si estingua per la parte dovuta a quello dei comproprietari nella persona del quale viene ad operarsi la consolidazione; se la servitù è indivisibile questa consolidazione rimanga perfettamente senza efficacia nei rispetti della servitù. Noi sappiamo, in forza di principî già svolti, che le servitù prediali sono indivisibili: lo dichiara ULPIANO a proposito dell'accettilazione (L. 13, § 1, Dig. 46, 4), adducendo come esempio d'inutilità dell'accettilazione — *si servitus fuit praedii rustici vel urbani* —: lo ribadisce PAOLO in l. 8, 1, Dig. 8, 1, con chiare parole — *si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit* —. Anche più esplicito è il fr. 140, Dig. 45, 1, in cui PAOLO dichiara: *stipulari viam, iter, actum ad fundum communem socius non potest; et tamen si is qui stipulatus fuerat duos heredes reliquerit, non extinguitur stipulatio;*

Digitized by Google

et per partem dominorum servitus acquiri non potest, acquisita tamen conservatur et per partem domini; hoc evenit si pars praedii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse coeperit. È chiarissima la l. 30, § 1, Dig. 8, 2, in cui PAOLO stesso spiega: *si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur; itaque, si praedia mea praediis tuis serviant, et (tu) tuorum partem mihi, et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus.* Forse meno chiaramente PAPINIANO in l. 34 pr., Dig. 8, 3: *si duo praedia, quae mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest; quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae sed praedio deberent, neque acquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit.* È dunque necessario aver riguardo piuttosto alla ritenzione che non alla divisibilità nell'atto della costituzione; perciocchè, come si è visto, nel fatto della ritenzione è pur giuocoforza constatare l'esistenza di una specie di divisione. Acquistata che sia una servitù per un fondo, essa si conserva per la parte di questo fondo che resta dopo alienatane l'altra parte al proprietario del fondo serviente; e così per la parte del fondo serviente che resta dopo alienatane l'altra parte al fondo dominante. Quindi questo sminuzzamento e rispettiva alienazione di parte del fondo dominante e di parte del fondo serviente non toglie di mezzo la servitù, ma soltanto ne produce la limitazione alla parte ch'è esente dalla consolidazione. Ma, se il fondo dominante o il fondo serviente diviene comune tra le stesse persone, non si può da uno dei due comunisti o comproprietari rimettere all'altro, perchè la servitù non è dovuta alla persona ma al fondo, e nè la libertà può acquistarsi nè la servitù può rimettersi per parti. Dunque sta la indivisibilità della servitù nella costituzione, sta nella rimessione o nel condono, ma non sta nella ritenzione. Io proprietario del fondo serviente divengo comproprietario del fondo dominante, oppure proprietario del fondo dominante divengo comproprietario del fondo serviente. Nel primo caso (trattandosi sempre di comproprietà vera o comunione *pro indiviso*), la

Digitized by Google

mia comproprietà acquisita sul fondo dominante non può nuocere all'altro comproprietario nè al diritto del fondo, e però *manebit servitus. Manebit servitus* anche se io, proprietario del fondo serviente, abbia acquistato parte del fondo dominante. Dunque la risposta alla domanda se nel concorso del consolidamento della proprietà e della servitù coi diritti di uno o più comproprietari sul fondo dominante o sul fondo serviente debba prevalere la consolidazione o la comproprietà, è questa: se la comproprietà è *pro diviso*, deve ritenersi che *servitus per partes retinetur*, qualora uno dei comproprietari del fondo dominante sia ad un tempo proprietario del fondo serviente oppure il proprietario del fondo dominante sia ad un tempo uno dei comproprietari del fondo serviente; se la comproprietà è *pro indiviso*, allora il fatto della comproprietà acquistata sul fondo serviente dal proprietario del fondo dominante o sul fondo dominante dal proprietario del fondo serviente non ha alcun effetto estintivo della servitù e non produce la consolidazione della servitù colla proprietà; perchè il diritto di un comproprietario *pro indiviso* non può in verun caso considerarsi come distinto dal diritto dell'altro comproprietario o degli altri comproprietari *pro indiviso*. La servitù è indivisibile tranne che nella ritenzione in caso di frazionamento del fondo dominante o del serviente, che abbia per effetto la consolidazione della servitù colla proprietà per la parte frazionata e alienata in conseguenza del frazionamento. La ritenzione della servitù prediale *per partes* è una nuova dimostrazione e conferma della indivisibilità di essa; di fronte alle necessarie e inevitabili conseguenze di un consolidamento *ipso iure* per effetto del distacco di una parte reale da uno dei due fondi. Il fondo dominante è in parte alienato e la parte alienata è acquistata dal proprietario del fondo serviente. La servitù è indivisibile, ma questa indivisibilità, se pure esclude che il proprietario alienante possa esser privato del suo diritto di servitù attiva neppure mediante compenso (anche se la parte alienata sia maggiore della parte rimasta sempre fondo dominante), oppure che l'intensità o l'estensione della sua servitù dopo una simile alienazione debba considerarsi come minore, pur tuttavia non può evitare che si consolidi il diritto

Digitized by Google

di proprietà col diritto di servitù per la parte del fondo, prima dominante, alienata a favore del proprietario del fondo serviente. Viceversa, supponiamo invece che l'alienazione parziale riguardi il fondo serviente; e che quest'alienazione sia fatta a favore del proprietario del fondo dominante. A parte la questione sopra la possibilità d'un eventuale spostamento del *locus serviens* per effetto dell'alienazione parziale di esso fondo serviente, resta sempre fermo che la parte che resta del fondo serviente è egualmente, come lo era prima il tutto, gravata dell'onere della servitù verso il fondo dominante; comechè questo siasi aumentato per il distacco e per l'aggregazione di parte del fondo serviente. Lo stesso che dicesi dell'alienazione pura e semplice dicasi per l'alienazione a titolo di comunione o di comproprietà: anzi qui vi è una ragione di più per decidere in favore della persistenza della servitù; ed è che il diritto del comproprietario merita rispetto, in ordine al diritto di servitù attiva, non meno che se fosse un diritto di proprietà indipendente e a sè, all'infuori di ogni partecipazione altrui: appunto perchè un comproprietario non può compiere atti di disponibilità di diritti sulla cosa se non col contemporaneo concorso del comproprietario o dei comproprietari suoi. V'ha ancora di più, ed è la ragione adombrata da PAPINIANO col dire che — *servitutes non personae sed praedio debentur* — e che perciò *ab altero servitus alteri remitti non potest*, nel caso che entrambi siano nella stessa causa di comproprietari così del fondo dominante come del fondo serviente. Questa soluzione di PAPINIANO, ispirata così fortemente al concetto della realtà del diritto di servitù, o può lasciar qualche dubbio, o almeno non vuole intendersi in senso assoluto: nel senso cioè che sia sempre ammessa una remissione contrattuale oppure un contratto, nel quale si manifesti il comune accordo di estinguere il rapporto di servitù tra i due fondi; dal momento che una tale convenzione non potrebbe vietarsi, come non può ritenersi che la perpetuità della causa nelle servitù prediali escluda la loro cessazione per distratto o per contratto in senso inverso a quello della costituzione di esse. Questa ipotesi di PAPINIANO oltrepassa però ancora il caso da noi fatto. Noi intendevamo domandarci, se, nell'ipotesi che divenga comproprietario del

Digitized by Google

fondo dominante il proprietario del fondo serviente, possa ritenersi intervenire alcuna consolidazione o confusione della servitù, in tutto o in parte, e la risposta certa, evidente è che, stante la sua indivisibilità e la sua realità (altri direbbe inerenza reale), la servitù resta nel fondo a riguardo e a beneficio di entrambi i comproprietari, dappoichè non potrebbe restare a riguardo e a beneficio solo di uno e non dell'altro dei due comproprietari. Il rapporto di comproprietà non altera dunque la consistenza e la struttura della servitù e non può esser causa di consolidazione o confusione alcuna.

111. Tema più difficile è quello circa la reintegrazione di una servitù già consolidata. Cessata la causa della consolidazione, la servitù rivive sui fondi tra i quali prima intercedeva, oppure è spenta in modo da non poter più per un evento qualsiasi tornare in vita? Non sembra doversi dubitare che la risposta debba essere negativa, nel senso cioè di una impossibile reviviscenza o (taluno pur dice) resurrezione della servitù in tal caso: quando una causa di estinzione opera puramente e semplicemente, e per giunta anche *ipso iure*, perchè il diritto ritorni non occorre meno di una causa novella di costituzione, come se la servitù non avesse mai prima d'allora esistito tra gli stessi fondi, tra i quali ora dovrebbe rivivere. Eppure gli scrittori anche su questo punto trovarono argomento di disputa; e, tra le opinioni assolute *pro* e *contra* la reviviscenza, fu da parecchi accettata l'opinione intermedia del VOET (1), il quale volle distinguere tra l'acquisto d'una proprietà transitoria ovvero permanente, come causa della consolidazione di cui si tratta. Per la reviviscenza della servitù in caso d'alienazione della proprietà transitoria si adducono testi, dei quali è necessario anzitutto fare un giusto apprezzamento e un accurato esame. Nel libro 30 abbiamo due frammenti: l'uno di GAIO e l'altro di FLORENTINO. Dice GAIO (L. 70, § 1) che se un fondo già serviente è dato in legato e chi deve prestare il legato è quello stesso al quale il fondo serve, il legato deve essere prestato come se dovesse riprendersi la primiera servitù. E FLOREN-

(1) *Commentaria ad lib.* VIII, *tit. 6, Digestorum.*

Digitized by Google

TINO (L. 116, § 4) avverte che il fondo legato *talis dari debet, qualis relictus est;* e che perciò, o che esso debba qualche servitù al fondo dell'erede o che a lui debba invece qualche servitù il fondo ereditario, sebbene la servitù siasi estinta per confusione del dominio, deve restituirsi il diritto primitivo, e, se il legatario non soffre l'imposizione della servitù, s'egli domanda il legato, può contrapporglisi l'eccezione di dolo malo, mentre, qualora la servitù non si restituisse al fondo legato, resterebbe l'*actio ex testamento.* Nella l. 18, Dig. 8, 1, è detto che in tutte le servitù che si sono confuse grazie all'adizione ereditaria, l'*exceptio doli* è di ostacolo al legatario il quale non ne tolleri la reimposizione. E POMPONIO nella l. 9, Dig. 8, 4, fa l'ipotesi di successione ereditaria al proprietario del fondo serviente e di vendita di questa eredità a un terzo: nella quale ipotesi la servitù deve restituirsi nel pristino stato, perchè si suppone quasi che la qualifica ereditaria assista il compratore. ULPIANO poi in l. 31, § 3, Dig. 21, 1, fa l'ipotesi di accrescimento o consolidazione dell'usufrutto colla proprietà e conclude per la restituzione in caso di redibizione, quando (s'intende) un tale accrescimento abbia avuto luogo dopo la vendita, in rapporto alla quale è dato il rimedio redibitorio. PAPINIANO nella l. 57 pr., Dig. 7, 1, in materia di usufrutto, ha ammesso anche il ristabilimento della servitù nel caso che il proprietario di un fondo abbia legato un fondo di sua proprietà a chi esercitava su di esso la servitù di usufrutto, e che, dopo aver posseduto per un certo tempo questo fondo, il legatario sia stato costretto di restituirlo al figlio del disponente, per effetto della querela d'inofficioso testamento: in tale ipotesi la servitù di usufrutto rimane in piedi come se la consolidazione o confusione intermedia non avesse avuto luogo. Notevole è il caso raffigurato da GIULIANO nella l. 31, Dig. 8, 3. Si abbiano tre fondi contigui di tre proprietari diversi e si ponga che il proprietario del fondo più basso abbia acquistato per sè la servitù di acqua attraverso il fondo intermedio: nell'ipotesi che il proprietario del fondo più basso divenga proprietario anche del fondo più alto, ma venda il fondo più basso, si domanda se questo ultimo abbia perduto lo *ius aquae* per essersi i due fondi, dominante e serviente, trovati insieme per un

Digitized by Google

tempo sotto la proprietà di una stessa persona. La risposta è di escludere la perdita della servitù, perchè il fondo intermedio aveva ad altri appartenuto e la servitù non sarebbe potuta altrimenti cessare, fuorchè cessando di condurre l'acqua anche per il fondo di mezzo oppure divenendo tutti e tre i fondi contemporaneamente proprietà di uno stesso e solo proprietario. Questa ipotesi non è dunque affatto per la reviviscenza o la reintegrazione della servitù, ma soltanto tende a constatare che la servitù stessa non fu mai estinta. Nella l. 73, § 1, Dig. 36, 1, MECIANO dice però ben chiaramente che, se l'eredità si restituisce in forza del Trebelliano, restano le servitù reciproche tra il fondo dell'erede e quello del testatore. Quanto alla dote, abbiamo un frammento di GIULIANO (L. 7, § 1, Dig. 23, 5), in cui è detto che, se la moglie dà in dote al proprio marito un fondo dominante sui di lui predii, il fondo perviene al marito privo di servitù; ma d'altra parte, ripugnando che per fatto del marito si deteriori il valore giuridico e patrimoniale del fondo dotale, quando siamo alla restituzione del fondo dotale, il giudice può disporre che sia reintegrata la servitù e che con la servitù sia il fondo restituito alla donna o al di lei erede.

Ora da tutti questi frammenti in ordine sparso vediamo di ricavare un costrutto in ordine alla eventuale reintegrazione di una servitù già consolidata con la proprietà. Vi è senza dubbio nei casi previsti dai richiamati giureconsulti (eccezione fatta della l. 31, Dig. 8, 3) un obbligo di reintegrazione: ma quest'obbligo, come ritiene il VOET, è forse fondato su ciò che l'acquisto della proprietà, grazie al quale la nostra mente corre all'ipotesi del consolidamento della proprietà stessa con la servitù, sia un acquisto a titolo meramente transitorio, e non definitivo, non permanente? La dazione in legato, l'adizione ereditaria, la vendita dell'eredità o del fondo dominante o serviente in genere non sembrano già cause precarie e transitorie di confusione o di consolidamento della servitù con la proprietà. Solo qualche dubbio può restare per la causa dotale, perchè nel concetto dell'istituto dotale è insita la previsione della restituzione della dote, com'è naturale la supposizione che una volta il matrimonio abbia pure a cessare.

Digitized by Google

Senonchè, trattandosi di dote, non pare esatto l'avvisare alla possibilità di una consolidazione nel marito della qualità di proprietario del fondo dominante colla qualità di proprietario del fondo serviente, ma soltanto della qualità di usufruttuario del fondo dominante o serviente colla qualità di proprietario del fondo collocato nella posizione opposta a quella del fondo dotale nella configurazione della servitù. Chi riunisce nella sua persona la qualità di proprietario del fondo dominante e di usufruttuario del fondo serviente non consolida nella persona propria la servitù alla proprietà, se non quando la servitù della cui consolidazione si tratta sia la servitù di usufrutto: ma la costruzione e la combinazione sono perfettamente indifferenti per quanto può concernere l'estinzione di una servitù prediale che il marito vanti o debba per un suo fondo sul fondo dotale. Il caso al quale GIULIANO allude, considerato nel campo delle servitù prediali, non può accennare ad una vera e propria estinzione della servitù per consolidamento nel marito della qualità di proprietario del fondo dominante colla qualità di proprietario del fondo serviente, ma bensì può accennare ad una qualche difficoltà nell'esercizio della servitù: nel senso che, usufruttuario anche soltanto del fondo dotale, nella durata dell'usufrutto, il marito non esercità già effettivamente sul fondo dotale o in nome del fondo dotale sul proprio le facoltà inerenti al contenuto della servitù prediale di cui si tratta, perchè queste facoltà sono compenetrate nell'uso ch'egli ha della cosa propria e nell'usufrutto che ha acquistato sul fondo dotale stesso. Questa difficoltà, anzi impossibilità, di distaccare nell'esercizio le facoltà del *dominus* o dell'usufruttuario dalle facoltà del titolare di una servitù non può costituire assolutamente una confusione o consolidamento della servitù colla proprietà: e però, sospeso l'esercizio della servitù per effetto di questa posizione di fatto, resta la posizione di diritto sempre; come d'altra parte, cessata questa sospensione, non è il diritto che cambia ma il fatto che viene a reintegrarsi del tutto secondo il diritto. Supponiamo invece che un erede per effetto dell' adizione ereditaria acquisti un fondo che sino a quel momento gli era stato serviente o al quale sino a quel momento aveva con un fondo proprio prestato una servitù prediale; ma il fondo

Digitized by Google

acquistato dall'erede coll'adizione ereditaria sia stato dal disponente stesso legato sotto condizione ad un terzo. Finchè pende la condizione e prima che questa si verifichi favorevolmente all'acquisto del legato, evidentemente l'erede è proprietario della cosa legata e proprietario puro e semplice, perchè la condizione, sebbene agisca in senso contrario per la proprietà, tuttavia è inerente al legato e non alla proprietà. Se la condizione non si verifica o si verifica sfavorevolmente all'acquisto del legato, la posizione del proprietario-erede rimpetto alla cosa legata è tale come se la cosa stessa non fosse stata legata neppure sotto condizione: che se la condizione si verifica o non si verifica, ma favorevolmente alla validità del legato, in tal caso non si potrà (data la necessità di attendere l'esito della condizione stessa per giudicare sulla esistenza o meno del legato medesimo) dare alla condizione, ch'è sospensiva poichè non può essere diversa, lo effetto retroattivo, nel senso di ritenere che la proprietà sul fondo legato non sia mai appartenuta all'erede e che l'erede si debba considerare al più come il titolare d'una proprietà transitoria o provvisoria.

Anche secondo i sostenitori della distinzione tra proprietà transitoria e proprietà permanente (è bene notare) la soluzione di questa ipotesi è contraria al concetto di reviviscenza della servitù già consolidata; ed anzi, fatto anche il caso della rivendita di un fondo che fu già serviente e che cessò di esserlo allorchè comprato dal proprietario del fondo dominante (L. 30 pr., Dig. 8, 2), si esclude che neppure in tal caso la servitù possa tornare in vita: *confusa sublataque servitus est, et, si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberae (aedes) veniunt.* È dunque perfettamente arbitraria la distinzione accennata dal VOET, perciocchè di fronte ad essa, eliminato il caso della dote che non regge, sta una regola generale che è sufficiente alla disciplina di ogni ipotesi. E le eccezioni della l. 9, Dig. 8, 4 (da considerarsi in riscontro colla l. 2, §§ 18 e 19, Dig. 18, 4), per la eredità di un fondo già serviente e la successiva vendita di esso ad un terzo, concepita come vendita di eredità; nonchè della l. 21, § fin., Dig. 5, 2, e della l. 30, § 1, Dig. 8, 2, per la querela d'inofficiosità che fa ritenere non adita l'ere-

Digitized by Google

dità stessa e riservati quindi agli eredi testamentari tutti i diritti precedenti: queste due eccezioni non cambiano il concetto chiarissimo che i Romani avevano della consolidazione della proprietà colla servitù per il contemporaneo esistere dei due diritti in potenza nella medesima persona. Vero è che di queste due eccezioni non si dà perfettamente ragione: la retroattività della dichiarazione d' inofficioso testamento, allorchè si sa che la consolidazione o confusione interviene *ipso iure*, cioè senz'altro per virtù di legge e indipendentemente da qualsiasi atto o fatto successivo che possa avervi relazione, riesce un po' dura; ma ancor più dura riesce la voluta reviviscenza d'una servitù, egualmente estinta per consolidazione, allorchè si vende l'eredità in cui la servitù venne e per la cui adizione si estinse come effetto di consolidamento. Come si fa a vendere una sostanza od un fondo non già allo stato attuale ma ad uno stato in cui precedentemente trovavasi? Forsechè la vendita, benchè fatta dopo l'adizione ereditaria (dappoichè non potrebbe esser fatta prima di avere adito l'eredità), può essere retrotratta ad epoca anteriore all'adizione stessa? No certamente; ma noi tuttavia troviamo modo di ridurre intelligibile ed esplicabile questa eccezione, benchè sembri di difficile spiegazione; considerando che, quando si vende una eredità, questa sia l'intenzione dei contraenti, di alienarla da una parte ed acquistarla dall'altra parte così come procedette dal *de cuius* senza tener conto delle vicende che essa possa aver subito come conseguenza di consolidazioni patrimoniali per l'intermedio suo passaggio all'erede. Orbene questa convenzione che in ogni altro caso sarebbe assurda e inconcludente, nella nostra ipotesi vale e resta efficace per ragioni di equità, pure opponendosi ad un'azione immediata che il diritto stesso sanziona, ossia alla consolidazione della proprietà colla servitù *ipso iure:* non solo, ma il patto di reintegrazione si ammette anche tacito od implicito nella pura dichiarazione di vendere un fondo ereditario od un'eredità, vale a dire un fondo così com'era allorchè pervenne all'erede dal proprio autore.

La spiegazione, senza dubbio, è molto sforzata, anche presa come rinunzia ad una consolidazione, contro la quale, appunto perchè opera di diritto, non è in potere nostro, o almeno

Digitized by Google

non dovrebbe essere, di creare limitazioni o restrizioni di sorta alcuna. La retroattività della dichiarazione di testamento inofficioso, per contrario, siccome quella che riguarda un vizio del testamento stesso ed ha lo scopo di annullarlo, non trae punto dalla volontà delle parti, ma dalla legge stessa e dall'effetto che la legge attribuisce alle dichiarazioni del giudice. Ora in questo caso si troverebbero in contrapposizione due effetti puramente legali; la retroattività legale della dichiarazione di testamento inofficioso e la consolidazione *de iure* della proprietà colla servitù per effetto dell'adizione ereditaria. Perchè e come il primo prevalga sul secondo effetto legale non si può a tutta prima intendere neppure in base a criteri di equità: dal momento che anzi sarebbe meglio rispettare la posizione di fatto precedente, massime quando concorra la buona fede di chi operò nella propria persona la consolidazione della proprietà colla servitù. Forse volle darsi alla inofficiosità del testamento un carattere di vera obbiettività, come se si trattasse di un vizio sostanziale importante nullità o inesistenza del testamento dichiarato inofficioso; permodochè questo dovesse ritenersi addirittura come non fatto e tutte le conseguenze di esso come non avvenute? Senza dubbio così dev'essere stato (L. 21, § fin., Dig. 5, 2), ma a noi non conviene qui di addentrarci negli effetti della dichiarazione d'inofficiosità di un testamento: e soltanto noi constatiamo come l'esistenza di queste due eccezioni conferma la regola generale ch'è contraria alla reviviscenza d'una servitù già estinta per effetto di consolidazione, e, confermando questa regola generale, escluda assolutamente la distinzione inutilmente proposta dal VOET.

Non dobbiamo infatti confondere la espressa riserva d'una servitù o queste eccezioni volute dalla giurisprudenza con la la natura della consolidazione e neppure della precarietà o transitorietà del trasferimento della proprietà, dalla cui riunione colla servitù deriverebbe il fenomeno di consolidazione di cui si tratta; non per queste eccezioni resta meno determinato che la consolidazione avviene per virtù di diritto e, come la confusione, senza bisogno di altro che della contemporaneità del diritto di proprietà con quello di servitù in una medesima persona. All'infuori di questa contemporaneità

Digitized by Google

di rapporti, non si saprebbe come altrimenti dimostrare o giustificare con esattezza questo fatto che un rapporto, il quale intercede tra le persone e non tra i fondi, venga ad estinguersi: la dimostrazione non può astrarre dalla considerazione della persona del titolare dell'uno e dell'altro diritto, appunto perchè l'uomo è il termine e la finalità di ogni diritto, e le cose appariscono e spariscono, giuridicamente parlando, in una fantasmagoria continua, mentre egli, come subbiettività giuridica, resta e si perpetua. Invano nella consolidazione della proprietà colla servitù prediale si potrebbe avvisare una violazione qualsiasi del carattere reale delle servitù prediali, sol perchè questo fenomeno è del tutto personale e pare contraddire colla prevalenza fondiaria del fatto giuridico; la realità del rapporto giuridico non può spingersi per vero a tutte le conseguenze, a tutte le faccie del rapporto stesso e viene finalmente un momento, in cui la subbiettività personale del titolare apparisce in tutta la sua efficacia.

112. Il diritto patrio non ha trovato a riguardo della consolidazione della servitù colla proprietà il terreno così spianato, da non dovere altro fare che ripetere e copiare. Anzitutto vi erano dispute sulla denominazione da darsi a questo fatto estintivo della servitù. Nell'art. 515 tra le cause di estinzione dell'usufrutto fu posta la consolidazione *ossia riunione nella stessa persona della qualità di usufruttuario e di proprietario:* ma nell'art. 664 si evitò studiosamente tanto la parola «consolidazione» quanto la parola «confusione» e con una perifrasi consimile a quella esposta per definire la consolidazione si disse che *qualsivoglia servitù si estingue, riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo serviente.* A questa prudente scappatoia del legislatore può non essere rimasta estranea la disputa che nel campo del diritto comune non poco a lungo durò per la determinazione del significato della parola « consolidazione », pur nello stesso campo dell'usufrutto, al quale abitualmente suole appropriarsi. Il MARCADÉ e il PACIFICI-MAZZONI hanno dunque censurato l'adozione di questo termine tanto nell' ipotesi in cui l'usufrutto si riunisca alla proprietà quanto nell'ipotesi che la proprietà si riunisca allo

Digitized by Google

usufrutto; ritenendo che solo in questo secondo caso si possa giustamente adoperare quella parola e che l'altra parola sia piuttosto da adottarsi quando trattasi di riunione dell'usufrutto alla proprietà.

A nostro modo di vedere, ripetiamo, sopra la meschina discussione delle parole sta un concetto altissimo e fondamentale, al quale piuttosto si vuole aver riguardo: e il concetto è che la proprietà si concepisce di regola completa e integra soltanto col corrispondente usufrutto, e che le servitù prediali non sono connaturali nè possono comprendersi sotto il fondo dominante nè sotto il fondo serviente, e neppure entro l'uno o l'altro di detti fondi, e appariscono soltanto come diritti di creazione umana (nè direttamente come un portato della natura) allo scopo di utilizzare nel miglior modo i fondi e i loro eventuali rapporti, dei quali non si può avere idea prima che sorga l'occasione dello sfruttamento. Quindi allorchè la servitù non apparisce o non si esercita o non esiste, noi non ci troviamo già in una condizione eccezionale, quanto al fondo serviente; questo rientra nella pienezza del suo diritto e nel suo stato normale, anche di fatto: quindi, se noi per consolidazione intendiamo qualche cosa che si riferisca al ritorno del fondo al suo stato normale, questo concetto non potrebbe venire meglio a proposito e non potrebbe essere più propriamente adoperato per indicare la cessazione dello stato anormale ed eccezionale. Per noi, lo ripetiamo ancora, non si tratta di far funzionare il principio che — *nemini res sua servit* —, perchè questo principio non ad altro allude fuorchè ad una difficoltà o anzi impossibilità d'esercizio; impossibilità che potrebbe anche essere temporanea e cessare in seguito e che nulla ha di comune colla struttura essenziale del negozio giuridico o dell'istituto giuridico della servitù. E, se pure l'espressione « consolidamento » non fosse precisa per indicare questa posizione giuridica, basterebbe che essa fosse più adatta dell'espressione « confusione » per dover essere a questa preferita. Del resto che *consolidatio* derivi da una κονσολιδατιὼ o da una κονσολιδατέκον σύνοδος dei bassi tempi poco interessa: l'essenziale è di vedere se questa parola, che i Romani usavano anche promiscuamente con *confusio*, è più indicata oggi per la definizione del rapporto, conside-

Digitized by Google

rato come rapporto giuridico caratteristico. Consolidazione significa incorporazione ossia unione in un corpo unico, che, trattandosi di fondi, è corpo solido; ed incorporazione è, fisicamente, la riunione di un corpo con un altro. Però, giuridicamente, non si può voler dir questo: giuridicamente la servitù non è un corpo (non è corporea), se pure può intendersi come corporea la proprietà; giuridicamente questa incorporazione suona piuttosto completamento, integrazione di un diritto pieno che fu decimato o diminuito prima per causa estranea anzi contraria all'essenza sua. Ciò si comprende soltanto quando siasi fissato con una certa precisione il concetto dell'*ius optimum maximum* e specialmente dell'*ius optimum maximum proprietatis*. Si potrebbe dire reintegrazione della proprietà con la servitù o ritorno del fondo alla libertà per cessazione dei suoi diritti frazionari. Ma questa ultima espressione sarebbe troppo vaga di per sè, mentre reintegrazione della proprietà esprime proprio esattamente la tendenza della libertà alla sua pienezza e la violazione di questa tendenza grazie all'imposizione degli oneri reali. Però la reintegrazione della proprietà interviene sempre tutte le volte che la servitù cessa, perchè è appunto il fatto giuridico corrispondente alla cessazione della servitù.

Chi dicesse « riunione » direbbe certamente un concetto pratico ben rispondente alla struttura del fatto o alla conseguenza del negozio giuridico da cui quel fatto stesso deriva: ma converrebbe poter significare che questa riunione avviene quasi per forza d'attrazione giuridica; per cui non si può concepire un solo istante in cui il fondo sia spoglio di servitù passiva e non sia nel tempo stesso dotato della piena libertà sua. Basterebbe dire riunione giuridica o meglio per virtù di legge, perchè persone non digiune di studi giuridici potessero intendere, con un po' di riflessione; ma anche in questo caso sarebbe d'uopo terminare coll'adozione di una specie di linguaggio convenzionale, mentre invece noi vorremmo adottare un linguaggio accessibile a tutti. Eppure il diritto che ha trovato le accessioni, non ci ha dato ancora un termine preciso per indicare questa aggregazione interna ch'è più integrale anzichè complementare, e la quale ha lo scopo di restituire alla proprietà quella pienezza che le era

Digitized by Google

stata eccezionalmente tolta: aggregazione interna, perchè accade per virtù egemonica ed assorbente del diritto di proprietà, i cui confini non sono determinati se non dai limiti che essa praticamente ha. Ora questa aggregazione interna può forse non del tutto a torto chiamarsi consolidazione, perchè non aumenta l'estensione del corpo o fondo di cui si tratta, nè il volume nè le altre qualità fisiche di esso, ma soltanto lo riporta più davvicino alla sua vera natura e alla pienezza della sua attitudine giuridica ed economica per il proprietario. Insomma la riunione della servitù alla proprietà non fa che rinsaldare la proprietà stessa, e però in questo senso la rende più solida, la consolida; così consolidamento significa rinforzamento. La proprietà, diminuita per il contenuto della servitù, era diventata debole, imperfetta, era diminuita; ora si rafforza, si perfeziona e si aumenta, senza però ecceder mai il campo della sua pienezza, la quale non ha altri limiti all'infuori di quelli espressamente determinati per ogni singolo caso. Evidentemente, la consolidazione può avere per oggetto non l'intero fondo dominante o serviente ma soltanto una parte di esso: se ha per oggetto soltanto una parte dell'uno o dell'altro, il resto non cessa di essere in rapporto di servitù, *quia pro parte servitus retinetur* (L. 30, § 1, Dig. 8, 2). La costruzione di questo caso di parziale estinzione del rapporto di servitù nulla toglie al concetto di consolidazione nelle sue linee fondamentali, nei suoi capisaldi. Bene invece l'art. 665 Cod. civile determina due casi speciali in cui la consolidazione talora funziona e talora no: le servitù acquistate dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico non cessano per lo scioglimento del matrimonio o per l'estinzione dell'enfiteusi; ma cessano quelle che sullo stesso fondo fossero state imposte, rispettivamente, dal marito o dall'enfiteuta.

Evidentemente il marito o l'enfiteuta, acquistando delle servitù per il fondo dotale o per il fondo enfiteutico, non fanno in sostanza che migliorarne la causa, aumentarne il valore economico, e perciò, per lo meno dal lato del negozio utile, il loro fatto acquisitivo dev'essere destinato a restare e non deve cessare quando la dote cessa di esser tale o il fondo enfiteutico torna libero in potere del proprietario. Invece

Digitized by Google

il marito non può imporre delle servitù sul fondo dotale, del quale a lui non ispetta la proprietà; e perciò, se alla fine del matrimonio, quando cioè la dote ha cessato di esser tale, si trova sul fondo dotale imposto un vincolo di servitù, questo deve cessare *ope legis*. Ma, più che imposto un vincolo di servitù sul fondo dotale dal marito, dovrebbe intendersi che sul fondo stesso per volontà ed arbitrio del marito non già sia stata imposta una servitù (dappoichè non sarebbe ad ogni modo in facoltà del marito d'imporla), ma che durante il tempo che il fondo ha e mantiene la qualità dotale, il marito stesso, usando del suo usufrutto sui beni dotali, abbia accordato ad un terzo sul fondo dotale l'esercizio di facoltà tali che corrispondano a quelle che sarebbero la manifestazione esterna della servitù, se su quel fondo la servitù fosse legalmente e ordinariamente costituita. Non è dunque, a parlare esattamente, che in tal caso le servitù passive imposte dal marito sul fondo dotale cessino, perchè il marito non ha mai potuto e forse non ha voluto neppure imporre delle servitù legali sul fondo dotale.

Quanto all'enfiteuta, data la prevenzione sfavorevole che la nostra legislazione ha per l'enfiteusi, non dovrebbe far meraviglia che o al direttario o all'utilista o forse a ciascuno di essi fosse divietato d'imporre sul fondo enfiteutico delle servitù prediali senza il consenso dell'altro; e non dovrebbe neppure far meraviglia che, imposte una volta, le servitù stesse, più o meno anche questa volta (ma sempre con minore incongruità che per l'usufrutto dotale del marito sul fondo che si pretende gravato di servitù prediale), discordino col concetto di causa perpetua. Ma, siccome anche quella dell'utilista è pure alla fine una specie di proprietà, così si è disposto che dal solo enfiteuta potesse con piena efficacia imporsi soltanto servitù attiva sul fondo enfiteutico e servitù passiva unicamente in durata dell'enfiteusi.

113. Il nostro legislatore all'art. 663, per determinare il ristabilimento delle servitù ha una curiosa espressione: egli dice che le servitù risorgono, ossia, in sostanza che rivivono (perchè il risorgere dà piuttosto l'idea di un corpo o di una cosa che sia caduta o che sia stata situata in luogo basso,

Digitized by Google

fisicamente o moralmente parlando). Or si domanda, combinando la configurazione della estinzione per consolidazione con quella di nascita per destinazione del padre di famiglia: dato che, dopo l'estinzione della servitù per consolidazione, i fondi abbiano cessato di appartenere al proprietario nelle cui mani si riunirono, ma tuttavia da costui siano stati lasciati nello stato primitivo corrispondente all'esistenza della servitù, senza aver nulla disposto intorno a quei servigi che i fondi si prestavano anche durante la loro riunione in un solo proprietario, sembra a ragione aversi una servitù per destinazione del padre di famiglia. Esteriormente, questa non è che l'ipotesi dell'art. 663: soltanto l'appartenenza dei due fondi ad un medesimo proprietario si determina come un fatto di confusione preceduto da un rapporto di servitù tra i due fondi la cui proprietà si confonde; talchè il fenomeno di reviviscenza della servitù non è che un fatto di destinazione e il fatto della destinazione induce il fenomeno della reviviscenza, che il Codice impropriamente chiama risurrezione. La sostanza del fatto giuridico che abbiamo sotto agli occhi non è che una specie semplicissima del fenomeno di destinazione del padre di famiglia: un solo proprietario mantiene tra i suoi due fondi un rapporto tale di servigi, che, separandosi i fondi stessi in due proprietari diversi, quelli che prima erano servigi, diremo così, d'ordine interno, divengono poi servigi d'ordine esterno, ossia servitù vera e propria, senz'altro. La trasformazione del servigio interno in servigio esterno è appunto la rivelazione e il segno dell'origine della servitù stessa, la quale dicesi in tal caso sôrta dalla destinazione del padre di famiglia. L'antecedente confusione di una servitù prima esistente non implica che una questione di parole: perciocchè solo per ciò può corrersi colla mente al concetto della reviviscenza d'una servitù anteriormente esistente, e la reviviscenza d'una servitù estinta, quando accade per una nuova causa di costituzione, non ha maggiore importanza d'una costituzione *ex novo* o *ex integro*. Infatti la circostanza di una prima estinzione della servitù, per confusione o per altra causa qualsiasi, non è una circostanza che impedisca una nuova costituzione della servitù stessa dovuta ad altra causa: poichè nessuna causa di estin-

Digitized by Google

zione di un diritto agisce siffattamente sul diritto stesso, da impedire che per una causa legale qualsiasi il diritto abbia a ricostituirsi come era prima che si estinguesse. Sotto questo punto di vista, non si vede troppo l'utilità dell'art. 663, anche limitato al caso della cessazione della servitù, quando le cose si trovino o siansi trovate in stato da non potersene far uso: evidentemente, ristabilite le cose o ricostruita la casa, non è il ristabilimento o la ricostruzione ciò che dà motivo alla costituzione, quando non sia contrariata da una prescrizione estintiva maturatasi nell'intervallo, ma è la vecchia causa di costituzione della servitù che mantiene tuttora la sua efficàcia. Il titolo iniziale, a mo' d'esempio, ha un'efficacia permanente e durevole; ed è come se fosse rinnovato dopo la estinzione della servitù, avvenuta per una causa che non può dirsi contraria a quella della sua costituzione. Laonde l'estinzione della servitù perchè la cosa serviente o la dominante non si trovi più in istato da farne uso, non è già una causa la quale tenda alla revocazione o all'annullamento del titolo per cui la servitù stessa fu originariamente costituita, ma agisce indipendentemente da esso e quasi per conto proprio, senza punto ledere l'efficacia potenziale del titolo primitivo: efficacia potenziale e che si tradurrà in atto appena sarà possibile in rapporto allo stato delle cose. Insomma, quanto al titolo, è perfettamente come se il titolo stesso fosse fatto di bel nuovo, cioè come se di bel nuovo fosse costituita la servitù: per evitare questa permanente e durevole efficacia del vecchio titolo converrebbe dimostrare che le parti avessero fatto qualche cosa allo scopo di distruggerne l'efficacia direttamente e di pieno accordo tra loro. Perciocchè, in fondo, il non potersi far uso di una servitù o di una od entrambe le cose poste in rapporto di servitù prediale, non è tanto esattamente un fatto che valga ad estinguere la servitù come istituto giuridico regolarmente costituito e funzionante, quanto piuttosto una circostanza che ne impedisce l'esercizio per un tempo indeterminato, il quale, se non è ricolmato dalla prescrizione, può anche essere determinato e circoscritto al momento in cui le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente fare uso. Perchè, in sostanza, si sa che il perimento della cosa non è assolutamente ed irrevocabil-

Digitized by Google

mente estintivo di un diritto sulla cosa stessa, se non allorchè si tratta di cosa mobile, la quale a quel diritto sia individualmente sottoposta. Se si tratta di fondi, poichè per essi viene in considerazione anche il suolo e il sottosuolo; il perimento dei soprasuoli implica una semplice trasformazione del fondo e non un vero perimento del fondo stesso, che esiste sempre, magari ridotto ai minimi termini, col suolo e col sottosuolo che non vengono mai meno. Da questo punto di vista dunque i soprasuoli, dovendosi sempre all'opera dell'uomo, o che manchino o che siano in un modo o nell'altro trasformati, o che siano anche periti, rappresentano piuttosto degli aspetti del fenomeno di destinazione dovuto all'opera dell'uomo, il quale li lascia perire o non li risarcisce o non li sostituisce a tempo (e questo dicasi tanto per gli edificii quanto per le piantagioni), anzichè la vera e propria figura del perimento della cosa e della conseguente estinzione del diritto che su quella cosa era stato costituito ed esercitavasi prima della trasformazione non prevista nell'atto di costituzione stessa. La destinazione, più o meno accentuata, più o meno estesa o intensa, rende il fondo di cui si tratta adatto o non adatto ovvero più o meno adatto all'uso della servitù ossia ad un uso del tutto relativo ad un altro fondo, col quale si supponga o si preveda o si faccia l'ipotesi che una servitù prediale interceda o possa intercedere: questo fatto di destinazione, sostanzialmente dunque, mentre da un canto e ad un dato istante rende impossibile l'esercizio della servitù, d'altro canto, e poco dopo, nuovamente lo rende possibile. Intanto il titolo costitutivo non cessa di imperare colla stessa intensità ora come prima; nè un fatto di destinazione, ch'è unilaterale, per quanto possa avere reso impossibile l'esercizio della servitù, può d'altra parte e per di più infirmare il titolo costitutivo bilaterale o consensuale della servitù stessa. Rimanendo dunque ferma l'efficacia di un simile titolo, di fronte ad un fatto di destinazione, talmente da far sognare una reviviscenza o rinascenza o risurrezione, dove non è che la forza immanente del titolo primitivo od originario, si deve ritenere che più esattamente sempre la stessa servitù, sospesa o rimasta inattiva in causa del non adattamento della cosa all'uso relativo, sia esistita

Digitized by Google

in potenza e in atto solo quando non v'erano ostacoli d'uso; l'esercizio di un diritto potendo sempre rimaner separato e distinto dal diritto stesso nella sua potenzialità ossia nella sua attitudine pratica. Vera e propria estinzione per non uso sembra non potersi dare nelle servitù prediali, considerata appunto la loro natura reale e l'impossibilità che i fondi tra i quali la servitù sussiste periscano del tutto in tutta la loro sostanza, neppure col concorso della migliore buona volontà e dell'opera dell'uomo. E, dato il caso che la servitù sia cessata per la riunione in una sola persona della qualità di proprietario del fondo dominante e di proprietario del fondo serviente; se il servizio tra i due fondi così riuniti resta tuttavia come servizio interno, al cessare dell'unione dei fondi, la servitù non rimane però ristabilita in forza del titolo originario anteriore alla confusione, ma in forza del nuovo titolo di costituzione che si maturò durante lo stato di confusione, presentandosi sotto forma di semplice servigio interno. Ed ecco in che consiste la differenza tra l'estinzione della servitù per confusione e il suo risorgere negli identici termini per destinazione, da un canto, e dall'altro l'estinzione della servitù per impossibilità dell'uso relativo (dovuta ad un fatto, in cui, positivamente o negativamente, prevale la destinazione dell'uomo) e la sua cosiddetta rinascenza, perchè l'uso ne ritorni possibile. In questa seconda configurazione noi abbiamo soprattutto sotto agli occhi un fatto di destinazione: nell'altra ipotesi abbiamo un fatto a portata prevalentemente obbiettiva, che si matura per virtù della sola legge e non della volontà dell'uomo; fino al punto anzi che la volontà dell'uomo è impotente ad arrestare o cambiare questo effetto della legge. Quindi non sospensione di efficacia, ma vera e propria estinzione: talchè, se poscia la servitù torna a costituirsi, lo si deve ad una causa nuova, e precisamente alla destinazione del padre di famiglia, qualora nello stato di confusione i due fondi siansi mantenuti in rapporto di servigio interno. Dunque l'analogia, la correlazione, il legame tra la confusione e l'estinzione per impossibilità di uso da una parte; la nascita della stessa servitù confusa, per effetto di destinazione durante il periodo di confusione e di divisione dei fondi confusi, e la revivi-

Digitized by Google

scenza della servitù non potutasi esercitare per l'impossibilità dell'uso (reviviscenza che si spiega col ristabilimento della possibilità dell'uso stesso) dall'altra : questa correlazione, questo legame non avrebbe alcuna importanza, quando pure si facesse una combinazione in cui l'una e l'altra ipotesi potessero contemporaneamente realizzarsi. La struttura delle due ipotesi è ben diversa, ed una semplice rassomiglianza esteriore non sembra assolutamente che possa bastare a ricavare un costrutto qualsiasi dalla combinazione del fatto giuridico della confusione col fatto della destinazione dell'uso o non uso, che può benissimo stare e rimanere per conto proprio.

Digitized by Google

CAPO II.

Prescrizione.

Bibliografia.

CLAPS. — *Sull' « usucapio libertatis »* (*Foro italiano*, 1898, I, col. 201 e seg.).

DE SANCTIS L. — *Della prescrizione del diritto a recidere le radici ed i rami che si protendono nel fondo altrui, e dell'appartenenza del frutto dei rami medesimi* (*Monitore dei Pretori*, Firenze 1891, pag. 169).

GIORDANO L. — *Del non uso nelle servitù prediali;* Oneglia 1893.

WIRTH. — *La « libertatis usucapio »*, 1854.

114. Concetto generale. — 115. Diritto romano in proposito. — 116. Requisiti di diritto romano per la prescrizione estintiva delle servitù e per la corrispondente *usucapio libertatis*. — 117. Sostituzione di una funzione della contraddizione del proprietario del fondo serviente all'*usucapio libertatis*. — 118. Prescrizione del modo della servitù. — 119. Applicazione della regola romana: *tantum praescriptum quantum possessum*.

114. La prescrizione estintiva funziona nelle servitù prediali in diritto nostro come funzionerebbe per l'estinzione di un diritto qualsiasi: poichè chiaramente l'art. 666 dispone che *la servitù è estinta quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni*, perfettamente come l'articolo 515 dispone per l'usufrutto. Per questa ragione e sotto questo aspetto noi non abbiamo esitato a raccogliere la prescrizione tra le cause generali di estinzione, le quali, a riguardo della estinzione delle servitù prediali, possono assumere una fisionomia speciale e caratteristica, ma non per questo cessano di appartenere alla categoria loro. La semplicità del nostro Codice non lascia dubbio alcuno sulla pretesa necessità di una *usucapio libertatis* da contrapporre alla prescrizione per completarne gli effetti, considerati come indivisibili da parte del proprietario e da parte del titolare della servitù; in modo che per il concorso di questo elemento bilaterale sia assicurata l'unità del fenomeno giuridico. Il nostro diritto, sia detto a sua lode, ha semplificato assai razio-

Digitized by Google

nalmente questo fatto giuridico della estinzione della servitù per non-uso. La servitù è una limitazione del diritto di proprietà, e come tale costituisce quasi uno stato eccezionale e transitorio dei fondi, quantunque ordinato ad una causa perpetua: noi amiamo quasi raffigurarci che, sebbene non determinato, debba venir tempo in cui tutto torni allo stato normale e la proprietà rientri nella sua pienezza abituale. Per noi lo stato di servitù rappresenta giuridicamente quasi uno stato di pena (se così si potesse chiamare): pena che noi sembriamo quasi interessati a far cessare appena ne capita il destro. Conseguenza di ciò è che, cessando la servitù per non-uso, non ci deve apparire necessario altro atto o fatto perchè la proprietà rientri nella sua pienezza; ma questa restaurazione della proprietà nel suo stato normale di pienezza ci rassembra una cosa logica e regolare. Che il proprietario del fondo dominante compia per conto suo, contemporaneamente o di rimbalzo, un'usucapione della libertà del suo fondo, o debba compiere una tale usucapione per raccogliere i frutti della prescrizione estintiva della servitù è cosa che resta implicitamente esclusa sia per il silenzio del nostro Codice come per tutto quanto il sistema organico in materia di servitù prediali.

L'applicazione del nostro Codice è di una chiarezza tale che non dà luogo a dubbi, purchè non vogliasi intorbidarlo con elementi estranei o costruzioni arbitrarie. Lo stesso diritto francese, unificato nel Codice Napoleone, si emancipò del tutto dalla *usucapio libertatis*, la cui piena soppressione non può meravigliare se non coloro i quali sono abituati a ragionare servilmente sulla scorta della vecchia casistica e della vecchia giurisprudenza, ricalcata sull'articolo 114 della *coutume* di Parigi, che a sua volta aveva tratto dalle *coutumes* d'Anjou, di Valois, di Senlis e di altre località aderenti ad una costituzione giustinianea della quale a suo tempo intraprenderemo lo esame. Senonchè nel diritto francese quell'articolo 114 della *coutume* di Parigi lasciò traccia soltanto in materia ipotecaria; poichè nel n. 4 dell'art. 2180 si ammise per l'estinzione dei privilegi e delle ipoteche la prescrizione acquisitiva nel debitore, corrispondente all'estinzione delle azioni di privilegio e d'ipoteca; laonde la giurisprudenza

Digitized by Google

interpretò che per tutti gli altri diritti non si fosse inteso fare alcun richiamo alla disposizione della *coutume* parigina. Il Codice estense e il parmense, prima della nostra unificazione (gli altri Codici si tennero in tutto al francese), disposero perchè il possessore dell'immobile dovesse per suo conto prescrivere la libertà del proprio fondo ossia liberarsi dai carichi che ne rendessero meno perfetto il dominio. Il nostro legislatore trovò anzitutto per la riproduzione dell'*usucapio libertatis* un ostacolo gravissimo negli interessi della economia fondiaria, la quale è fortemente danneggiata dai vincoli di qualsivoglia specie sui fondi, e, se una tendenza ha, è quella di favorire in qualsivoglia modo la causa liberale dei fondi e perciò anche di non inceppare in un modo qualsiasi il ritorno dei fondi stessi alla loro originaria e naturale libertà, grazie al semplice non-uso delle servitù prediali su di quelli imposte. Converrebbe, anche restando in materia puramente giuridica, dimenticare la maggior parte dei criteri da noi dati sull'essenza e struttura delle servitù in genere e delle servitù prediali in ispecie per negare che l'interesse economico trovi un'eco profonda anche nell'organismo giuridico che non è affatto ordinato a contraddirvi. Nel nostro diritto non vediamo pertanto neppure riprodotta la disposizione del Codice francese in ordine alle ipoteche, e non vi è contemporaneità di prescrizione acquisitiva ed estintiva; anche perchè la buona fede richiesta dall'articolo 2137 del nostro Codice non si concilierebbe colla pubblicità delle ipoteche, dalla quale deriva una vera e propria imprescrittibilità. Se però da questa argomentazione si volesse senz'altro desumere che per tutti gli altri diritti reali non soggetti a pubblicità fosse ammessa la prescrizione di cui all'art. 2137 Cod. civ., stante la possibilità del concorso della buona fede, si direbbe cosa assolutamente inesatta e arbitraria, con un'argomentazione *a contrario sensu* veramente fallace.

Però, anche ammettendo che l'art. 2137 non deriva nè dalla consuetudine parigina nè da Pothier, si potrebbe aggiungere e si aggiunge che l'usucapione dell'intiero immobile posseduto contiene anche l'usucapione delle singole parti di esso (*tantum praescriptum quantum possessum*), e che l'aver ritenuto per la estinzione delle sole ipoteche la necessità della

Digitized by Google

prescrizione trentennale importi che per le servitù e per gli altri diritti reali frazionari resti applicabile la decennale dell'art. 2137. Ma, come giustamente osservò il CLAPS, il possesso del fondo non si deve confondere col possesso (che non esiste) della libertà del fondo stesso: il possesso della libertà del fondo costituendo semplicemente *un puro godimento di uno stato materiale di cose, dipendente non più dal fatto del possessore come nell'«usucapio libertatis romana», ma dalla semplice inazione di colui che ha il diritto reale;* talchè dall'una all'altra specie di possesso esista una vera differenza qualitativa e non regge l'argomento *a maiore ad minus.* Il CLAPS nota anche il contrasto tra l'art. 2137 e il 667; nel senso che la prescrizione pur richiedendo lo stesso spazio di tempo per l'acquisto del fondo e per l'acquisto della libertà di esso, pur tuttavia per l'acquisto della libertà del fondo stesso esiga un diverso termine iniziale, e cioè *a die contradictionis.* Supponiamo una servitù continua. Essa per l'articolo 667 si estingue dopo il trentennio *a die contradictionis;* mentre per l'art. 2137 l'*usucapio libertatis* di un fondo si compirebbe nel decennio dalla data della trascrizione del titolo d'acquisto del fondo stesso. Or la data della trascrizione del titolo di acquisto del fondo non è certo il *dies contradictionis,* che presuppone un contrasto diretto e immediato tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente. Ma questo ragionamento, come si vede, tende ad avvicinare due prescrizioni che richiedono non lo stesso, ma diverso spazio di tempo: l'una un trentennio e l'altra un decennio. La contraddizione potrà stare in seno allo stesso art. 667, secondochè esso venga a riferirsi all'*usucapio servitutis* o all'*usucapio libertatis;* ma, se si riferisce all'*usucapio* d'una servitù continua, allora non è detto che debba applicarsi l'art. 667 per far decorrere il decennio, come il trentennio, *a die contradictionis;* allora invece, avendosi un titolo d'acquisto trascritto, il termine decorre dalla data della trascrizione di esso e non da alcuna contraddizione. L'ipotesi dei due articoli, riferentisi entrambi a servitù, è dunque profondamente diversa: in un caso la servitù si perderebbe per decorso di tempo semplicemente; nell'altro caso si acquisterebbe per titolo, e quindi ogni calcolo di decorrenza, e per

Digitized by Google

l'acquisto della servitù e per l'acquisto della libertà del fondo (dato che anche alla libertà del fondo possa questa disposizione riferirsi), si dovrebbe far dipartire dalla trascrizione del titolo.

L'art. 2137 riguarda unicamente la prescrizione acquisitiva o delle servitù o della libertà del fondo e non la prescrizione estintiva, se non forse in quanto esso si riferisse all'*usucapio libertatis*, e potesse quella prescrizione estintiva, come perdita, far riscontro a questo acquisto dell'*usucapio libertatis:* per la qual cosa, se all'*usucapio libertatis* si volesse porre a riscontro una prescrizione estintiva della servitù, con effetto e maturazione contemporanea, sempre dalla trascrizione del titolo, si verrebbe piuttosto a creare per le servitù una prescrizione estintiva decennale, mentre l'art. 666 non ammette che una servitù estintiva trentennale. Senonchè a questo obbietto agevolmente si risponde che l'art. 666 riguarda la prescrizione estintiva per non-uso, mentre l'art. 2137 non riguarda alcuna prescrizione estintiva, ma bensì la prescrizione acquisitiva per virtù di titolo. Se si vuole aver traccia di una prescrizione estintiva non è nell'art. 2137 che vuolsi farne ricerca: unica contrapposizione potrebbe dunque farsi tra la perdita della servitù per trentennio a senso dell'art. 666 e l'acquisto della libertà del fondo per decennio a senso dell'art. 2137: il trentennio decorrente dal giorno della cessazione dall'uso o dal giorno della contraddizione a seconda dei casi (art. 667), e il decennio decorrente dalla trascrizione del titolo. Sono questi due estremi di perdita da una parte e di acquisto dall'altra, che non possono in modo alcuno confrontarsi, perchè la mancanza nell'uno di essi di quel titolo che si riscontra nell'altro costituisce una differenza sostanziale. D'altra parte, se per l'art. 2137 fosse autorizzata l'*usucapio libertatis*, lo stesso articolo non potrebbe in modo alcuno autorizzare la corrispondente prescrizione estintiva della servitù che venisse ad essere assorbita nella libertà usucapita; poichè detto articolo non ha per nulla che fare colla prescrizione estintiva. Sono quindi due ipotesi ben diverse e rispettivamente complete: per l'una il lungo decorso del tempo produce la estinzione della servitù, per l'altra il titolo di acquisto di una servitù rimane sanato grazie ad un minore

Digitized by Google

decorso di tempo e ad una minore osservanza: e sarebbe assurdo porre a riscontro una prescrizione estintiva trentennale con una prescrizione acquisitiva decennale. Del resto è esatto il dire che la libertà non si prescrive, ma soltanto la proprietà dell'immobile *cum omni causa*, e che l'art. 2137 non parla già di proprietà libera, ma di proprietà semplicemente: poichè la libertà d'un fondo non si possiede, ma si possiede il fondo; e oltre a ciò, se pure vi fosse il possesso, mancherebbe il titolo da cui l'articolo 2137 prende le mosse, non bastando la vaga enunciativa che il fondo è franco da pesi, contenuta nell'atto di alienazione, a costituire un titolo di diritto reale, nè avendosi un titolo putativo costitutivo o traslativo. E per giunta esulerebbe anche la buona fede (*iuxta opinio quaesiti dominii*), stante il contrapposto tra le sospette dichiarazioni dell'alienante e la pubblicità attestante l'esistenza del vincolo.

Siccome poi le ipoteche sono per l'art. 2030 soggette alla prescrizione estintiva trentennale senza riguardo nè al titolo nè alla buona fede, ciò non significa che le servitù raccomandate a un titolo ed anche la libertà del fondo serviente raccomandata a un titolo debba acquistarsi colla prescrizione più favorevole dei dieci anni; avuto anche riguardo a questo, che gli atti costitutivi o modificativi di servitù prediali per l'art. 1932, n. 20, debbono essere resi pubblici per mezzo della trascrizione, e che perciò non sarebbe malagevole determinare l'esistenza della buona fede in colui che coll'assistenza di un titolo si mettesse in condizione di usucapire la libertà d'un fondo. Dato pure che al requisito della pubblicità e della conseguente buona fede dell'acquirente si possa congiungere il requisito di una dichiarazione di libertà del fondo contenuta nel titolo di acquisto; ossia dati gli estremi e date le condizioni più propizie per l'applicazione della decennale di cui all'art. 2137, vi è un ostacolo fortissimo sempre per l'applicazione di quest'articolo e di questa prescrizione: ed è che non è più usucapibile la libertà di un fondo, che non sia la sua larghezza, la sua lunghezza, la sua bellezza e tutte le altre qualità (necessariamente astratte per quanto commensurabili) le quali in esso sono contenute. Anzi per la libertà del fondo serviente questo v'ha di particolare, che essa non si acquista,

Digitized by Google

ma preesiste ad ogni perdita e si riprende senz'altro quando la limitazione cessa: ma ciò accade non perchè si prescriva la proprietà o la libertà della proprietà, sibbene perchè cessano quelle limitazioni che rendono la proprietà, contrariamente alla sua natura, meno che completamente libera, per ragione della utilità se non della necessità sociale. Tuttavia il CLAPS ritiene potersi da un certo punto di vista ammettere l'*usucapio libertatis* a riguardo delle servitù di uso pubblico. La demanialità o l'indisponibilità (egli osserva) possono estinguersi non solo per cessazione della destinazione ma anche per non uso da parte della pubblica amministrazione: ma dice non bastare la semplice desuetudine come per le cose indisponibili, bensì occorrere l'uso contrario del privato che snaturi il bene demaniale.

Dopo lo snaturamento, dice il CLAPS, può senz'altro cominciare e a quello tener dietro la prescrizione acquisitiva del privato: e quel che si dice per i beni demaniali in genere dovrebbe anche applicarsi alle servitù prediali di uso pubblico, riguardo alle quali non solo dovrebbe aversi l'abbandono dell'uso da parte della popolazione, ma anche l'uso contrario da parte del privato proprietario del fondo serviente, in modo da snaturare l'esercizio della servitù stessa e per la durata di trent'anni. Questo snaturamento della demanialità, secondo quell'autore, ha qualche cosa di simile all'*usucapio libertatis*, nel senso che non basti la semplice desuetudine del demanio, ma occorra altresì un' attività diretta del proprietario del fondo serviente, allo scopo non tanto di estinguere la servitù o più presto di usucapire la libertà del fondo serviente, quanto di snaturare la demanialità del fondo stesso.

Anzitutto noteremo che il CLAPS fa l'ipotesi del demanio pubblico e non del demanio patrimoniale; perchè se si trattasse di demanialità patrimoniale o di servitù della quale sia titolare un fondo demaniale, questa servitù dovrebbe in tutto obbedire alle norme di diritto privato, senza alcuna ingerenza del diritto pubblico. Si tratterà dunque di demanio pubblico tradotto nell'uso pubblico, p. es., sopra una fonte di proprietà di un privato, mettiamo anche per ragioni di necessità e di servigio pubblico: secondo il CLAPS, non basta

Digitized by Google

che il pubblico, i cittadini non si rechino più ad attingere quell'acqua perchè la servitù possa ritenersi estinta, ma occorrerà inoltre che il proprietario della fonte faccia qualche cosa, da parte sua, per contrapporsi alla demanialità di quella fonte.

A nostro modo di vedere questa conclusione viene da un modo tutto particolare di concepire la demanialità pubblica, ossia il rapporto giuridicò tra il pubblico: e le cose destinate a servigio, ad uso del pubblico: modo dal quale noi che scriviamo non ci sentiamo del resto molto lontani. Le cose destinate a servigio del pubblico non sono possedute dal pubblico, perchè il pubblico non esercita collettivamente le facoltà del possesso, e quelle esteriorità che noi vediamo congiunte all'uso del pubblico non hanno che fare col possesso il cui esercizio noi vediamo in mano allo Stato come a persona privata, quanto alle cose che appartengono al suo demanio patrimoniale. Se il pubblico non ha il possesso di quelle cose delle quali ha l'uso od un certo uso (p. es. delle strade e delle fonti pubbliche), queste cose o non sono in proprietà di alcuno e trovansi per giunta vacue di possesso, oppure (e ciò si concepisce anche meglio) appartengono in proprietà o in possesso a qualche privato, com'è nel caso nostro della fonte. Quindi se questa fonte si vuol chiamare di demanio pubblico, o (meglio ancora) sottoposta a servitù di demanio pubblico, la demanialità della fonte stessa o della servitù su di essa si traduce intieramente in quest'uso ch'è il contenuto preciso della servitù e non ha altra estensione: laonde, per necessità di cose, contrastare a quest'uso e alla relativa servitù pubblica equivale perfettamente e senz'altro a contrastare alla demanialità della fonte, poichè demanialità abbiamo inteso chiamarla.

La contraddizione alla demanialità pubblica si traduce e si converte nella contraddizione alla servitù d'uso pubblico, e chi alla demanialità toglie l'uso ha tolto tutto il suo contenuto; ma appunto si può obbiettare a quelli che in questo caso veggono una specie di *usucapio libertatis*, che lo snaturamento della demanialità avviene senz'altro per il non uso che della fonte fa il pubblico, poichè il pubblico, non servendosi della facoltà di attingere acqua, dà chiaramente

Digitized by Google

a divedere che la fonte non è più necessaria all'uso del pubblico e che quindi manca un dato di fatto obbiettivo importantissimo per la demanialità. Lo stesso pubblico snatura il fonte e il privato proprietario non fa che approfittare di tale snaturamento.

115. Da un frammento delle *Receptae Sententiae* di PAOLO (lib. I, tit. XVII, § 1) si deduce che la *servitus hauriendae aquae vel deducendae* si perde per il non-uso di un biennio. Questa disposizione, benchè espressamente ristretta alla materia delle acque, tuttavia dagli interpreti fu voluta estendere a tutte le servitù, secondo il più antico diritto romano. Noi non abbiamo elementi per dire che questa generalizzazione sia perfettamente autorizzata, se non forse considerando le servitù prediali alla stregua di tutte le cose immobili: ma per giungere a questa conclusione non occorrerebbe neppure richiamare quel frammento di PAOLO. Si comprende anche come moltiplicati a dismisura i rapporti tra fondi, la prescrizione biennale dovesse apparire insufficiente alla perdita del diritto di servitù prediale, e si dovesse ritenere necessario un maggiore percorso di tempo, appunto per dotare il possesso della servitù di una stabilità maggiore e per rendere meno esposta la servitù stessa alle oscillazioni o alle incertezze di una non lunga inosservanza od inerzia del proprietario del fondo dominante.

GIUSTINIANO in cost. 13, Cod. 3, 34, dette vita a un diritto nuovo, pel quale la prescrizione estintiva delle servitù fu portata a dieci anni fra presenti e a venti fra assenti. Ma qui appunto sorge la questione se accanto alla prescrizione estintiva della servitù debba anche svolgersi una corrispondente *usucapio libertatis* da parte del proprietario del fondo serviente: questione, che, data la brevità della vecchia prescrizione biennale appunto per la considerazione sfavorevole con cui riguardavasi la servitù, prima di questo nuovo diritto non si figurerebbe a tutta prima possibile. Ma vi sono dei testi che accennano alla *usucapio libertatis* per talune servitù specialmente e rendono perciò necessario a questo riguardo una più accurata disamina, allo scopo di determinare, se e per quanto è possibile, la portata di questa usu-

Digitized by Google

capione, contraria per quanto parallela e contemporanea alla *usucapio libertatis*. Primo tra tutti viene il testo di GAIO (L. 6, Dig. 8, 2), dov'è detto, a proposito delle servitù urbane, ch'esse, a similitudine delle servitù rustiche, periscono per non-uso durante un certo tempo; ma che tra le une e le altre v'ha diversità in questo, che le servitù urbane non periscono in ogni caso per il non-uso, ma e per il non-uso e per l'usucapione della libertà a pro del fondo serviente. E vengono senz'altro gli esempi. La *servitus ne altius tollatur, ne luminibus mearum aedium officiatur*, nell'ipotesi che il proprietario del fondo dominante abbia da dieci anni chiuse le sue finestre e quindi non usato della sua servitù attiva, non si perde se non allorchè effettivamente il proprietario del fondo serviente abbia innalzato di più la sua casa. Altro esempio addotto da GAIO è la *servitus tigni immittendi:* colui che ha il diritto d'*immittere tignum* lo toglie dall'immissione ma con questo suo atto non rimane estinta la servitù, se d'altra parte il proprietario del fondo serviente non ha otturato il buco in cui la trave avrebbe dovuto restare immessa e non l'ha tenuto a questo modo per tutto il tempo designato alla prescrizione della servitù o all'usucapione della libertà. GAIO si affretta ad aggiungere che se il proprietario del fondo serviente *nihil novi fecerit*, la servitù rimane malgrado la prescrizione estintiva, per mancanza del requisito essenziale dalla parte di chi avrebbe dovuto fare qualche cosa per canto suo allo scopo di rendere efficace l'inerzia del proprietario del fondo dominante. Nel frammento successivo poi POMPONIO dice chiaramente che la semplice piantagione d'un albero in un fondo serviente non può equivalere all'*usucapio libertatis;* e ciò *quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris*, trattandosi, com'è generalmente ritenuto dagli interpreti, di una *servitus ne luminibus officiatur*.

Ma veniamo ai casi speciali. Nella l. 32 pr., Dig. 8, 2, è detto che se la casa di taluno serva contemporaneamente alle case di altri due per la servitù *ne altius aedificare liceat* e il proprietario del fondo serviente abbia ottenuto dal proprietario di uno dei fondi dominanti, a precario, la facoltà di soprelevare, edificando e mantenendo l'edifizio per tutto

Digitized by Google

il tempo stabilito, si matura l'*usucapio libertatis* nei riguardi del proprietario dell'altro fondo dominante; essendo due e non una le *servitutes ne altius aedificare liceat*, e per la stessa ragione la remissione della servitù fatta da uno dei proprietari non valendo per nulla di fronte all'altro proprietario e all'altro fondo dominante. Quanto a casi più speciali, la l. 17, Dig. 8, 4, suppone che un vicino abbia acquistata la facoltà di trasportare a titolo precario una macerie nel fondo vicino: il fatto di avere trasportato e messo a posto una tal macerie non implica donazione perfetta di servitù azionabile, *aedificandi invito domino soli*, ma implica semplice inammissibilità dell'*usucapio libertatis* a pro di chi ammette il precario della macerie, qualora colui che ammise il deposito precario della macerie lo abbia ammesso sopra un fondo che deve la servitù al proprietario del fondo da cui la macerie proviene. La l. 18, § 2, Dig. 8, 6, in materia di un generico *ius immittendi*, chiaramente decide che, avendo lo *ius immittendi*, se il vicino nel tempo atto alla prescrizione non ha edificato ed ha quindi reso impossibile l'immissione al suo vicino, non per questo il vicino può dirsi *usucepisse libertatem aedium suarum*, perchè non fece alcuna interpellazione al diritto di colui che aveva la servitù attiva. La l. 4, § 29, Dig. 41, 3, dice poi chiaramente potersi usucapire la libertà delle servitù, perchè la legge Scribonia tolse di mezzo l'usucapione costitutiva della servitù, non l'usucapione della libertà contro la servitù: così dovendosi ad altri la servitù *ne liceret altius aedificare*, ed elevandosi l'edifizio e tenendosi elevato per il tempo occorrente, *sublata erit servitus*. Questi sono i frammenti che possono gettar luce sull'*usucapio libertatis*.

Ma la difficoltà dell'interpretazione si accentua nel conciliare la sostanza del frammento di Gaio cogli altri frammenti sopra richiamati, ed anche con tutto quanto l'insieme della teoria della servitù. Gaio dice che tra le servitù urbane e le rustiche vi ha questa differenza, che le urbane periscono per il non-uso e per la usucapione della libertà ad un tempo, mentre per le rustiche basta il non-uso. Questa distinzione destò meritamente la meraviglia degli interpreti; perchè, a mo' d'esempio, non sapevasi vedere come un diritto di passaggio si potesse perdere per semplice non-uso, se relativo

Digitized by Google

a fondi rustici, per non-uso e per *usucapio libertatis* se relativo a fondi urbani; mentre è lo stesso diritto di passaggio, è la stessa servitù nell'uno e nell'altro caso, sia dominante oppure serviente un fondo urbano o un fondo rustico. Ma poi v'ha di più: ed è la difficoltà, che, sempre viva per la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, tornerebbe più viva e più imperiosa nell'interpretazione del frammento gaiano. Anche dato che talune servitù normalmente si presentino per i fondi urbani, resta difficile il comprendere come esse siano, rispetto all'estinzione per non-uso, trattate diversamente da quelle che normalmente si presentano per i fondi rustici: perchè può tanto accadere che le prime anormalmente si presentino per i fondi rustici, quanto che le seconde anormalmente si presentino per i fondi urbani; ed allora come risolvere nel caso di anomalia?

Di fronte a queste incertezze non deve recar meraviglia se taluno ritenne necessario la *libertatis usucapio* per tutte le servitù, all'infuori dei diritti di passaggio, di acquedotto e di attingere acqua; quantunque queste non siano certamente le uniche servitù rustiche del diritto classico, sebbene rispondano ai tipi delle servitù più antiche. Se la *usucapio libertatis* si dovesse riferire ai tipi delle servitù antiche, la sua esistenza dovrebbe rimontare fino a quell'epoca; mentre appunto vi è ragione di credere che, stante la brevità del biennio allora designato per la prescrizione estintiva, non si dovesse punto avvertire la necessità di porre accanto a quella prescrizione estintiva veruna *usucapio libertatis*. Se questa pertanto venne fuori posteriormente all'epoca delle servitù tipiche (e forse non senza influenza della giurisprudenza e della legislazione pretoria), conviene concludere che avesse per oggetto altre servitù e non le tipiche di *via*, *iter*, *actus*, *aquaeductus*. D'altro canto, il volere quest'*usucapio libertatis* fino ai tempi di Gaio ristretta alle sole servitù urbane ci dimostra che l'*usucapio libertatis* venne in luce non certo per diritto antico: la qual cosa esclude del tutto che questo istituto fosse stato introdotto per temperare la posizione troppo sfavorevole creata dalle nuove prescrizioni decennale e trentennale alle servitù prediali: perciocchè anzi aggiunse e conferì alle servitù prediali stesse un nuovo favore consistente

Digitized by Google

in un nuovo intoppo alla libera proprietà dei fondi. In altri termini, l'aumento del tempo richiesto per la prescrizione estintiva della servitù prediale trova il suo riscontro nella necessità che il proprietario del fondo serviente da suo canto abbia fatto degli atti positivi e mantenuto per un certo tempo uno stato di fatto diretto ad usucapire per sua parte la libertà del fondo serviente stesso. Così l'una cosa e l'altra, e cioè quell'aumento del periodo di tempo per la prescrizione estintiva, e la prescrizione acquisitiva inversa, sembrano ispirate ad un solo scopo: allo scopo cioè di favorire la servitù, che intanto si era venuto sempre meglio delineando in forma indipendente da una più o meno necessaria sistemazione delle strade e delle acque.

Ma non sembra che addirittura possiamo sentirci autorizzati a dire come quelle quattro servitù, sol perchè tipiche delle rustiche e arcaiche, siano esse sole rimaste prive del beneficio della *usucapio libertatis* che GAIO ridusse alle sole servitù urbane: anche le altre servitù rustiche dovettero, nell'epoca classica del diritto romano, ritenersi escluse da questo beneficio. Eppure anche per queste come per tutte le altre servitù prediali il biennio di prescrizione estintiva si cambiò egualmente in decennio o in ventennio, ed anche per tutte le altre si vide la necessità di procedere con maggior severità a riguardo della *libertas* del fondo serviente. Il perchè dunque della distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, a questo riguardo della *usucapio libertatis*, ci sfugge; mentre appunto per le aperte parole di GAIO a questo riguardo non possiamo contrastarvi, nè ci è dato di trovare nei testi un appiglio, se non forse ritenendo, come fa il GLÜCK (1), che le servitù rustiche possano perdersi col semplice non-uso, perchè per esercitarle è richiesto soltanto un atto ripetuto del titolare.

Dalla natura stessa delle servitù rustiche risulterebbe quindi la sufficienza del non-uso per la loro perdita. Ma è questo appunto che riesce un po' duro a spiegarsi: l'atto del titolare della servitù, ripetuto o no, è sempre necessario per l'esercizio di una servitù prediale. Or, quando l'atto in cui

(1) *Pandette*, lib. VIII, tit. VI, § 689 e 690.

Digitized by Google

si traduce l'esercizio della servitù manca, si tratti di un solo atto oppure di una serie di atti, si dovrebbe sempre poter dire che la servitù possa perdersi col non-uso, quando pure questo non-uso apparisca a intervalli. Dunque non è questione di servitù continua o discontinua, positiva o negativa: il suo esercizio sempre si traduce in qualche uso da parte del proprietario del fondo dominante, diguisachè può dirsi che, cessando l'uso, cessa ad un tempo ogni ragione di servitù senza necessità di una contraria *usucapio libertatis*. Sembrerebbe dunque che la ragione di questa *usucapio* e della relativa distinzione al riguardo tra servitù urbana e servitù rustica si dovesse ricercare in qualche diverso criterio, che a noi per lo appunto e purtroppo sfugge (1).

116. Quali erano i requisiti di diritto romano per la prescrizione estintiva delle servitù prediali e quali per la corrispondente contraria *usucapio libertatis?* Il requisito fondamentale della prescrizione estintiva è dunque il non-uso di colui che avrebbe diritto di esercitarla ma non la esercita; ma è appunto questo non-uso che deve rispondere a taluni requisiti per potere essere produttivo di estinzione della ser-

---

(1) Fu anche detto (WINDSCHEID, *Pandette*, vol. I, § 216) che l'*usucapio libertatis* fosse richiesta per quelle servitù prediali che dànno diritto ad uno stato permanente della cosa dominante o della serviente, mentre basterebbe il semplice non-uso per le servitù personali e per le prediali che dànno diritto a singoli atti riproducentisi. Se per servitù che dànno diritto ad uno stato permanente s'intendono (nè si potrebbe altrimenti) le servitù continue, e per servitù che dànno diritto a semplici atti riproducentisi s'intendono le servitù discontinue: in questa ipotesi si vorrebbe far dipendere ancora, sotto altra forma, dalla modalità dell'esercizio, secondochè consistente in uno o più atti del proprietario del fondo dominante, la necessità dell'*usucapio libertatis* o la sufficienza della prescrizione estintiva per non-uso. Ritorna allora in campo quanto si obbiettò prima: che appunto la lunghezza del periodo della prescrizione estintiva sta per colmare la lacuna tra i varî atti d'esercizio, se questi sono distanti l'uno dall'altro; talchè appunto in questo modo di estinzione della servitù è tutto calcolato nel senso di trarre ogni possibile conseguenza per l'inerzia del proprietario del fondo dominante, senza che per la sola ragione di un atto rivelantesi in uno stato permanente o di più atti riproducentisi possa apparire la necessità di una attività speciale del proprietario del fondo serviente.

Digitized by Google

vitù. Del non-uso si dice che dev'essere volontario, imputabile e totale: tali requisiti però sembra non risultino direttamente dai testi. Anzi v'ha chi dice che la estinzione della servitù non è esclusa per ciò, che il titolare sia stato trattenuto dall'esercizio della servitù stessa per qualche fatto a lui non imputabile; con riserva peraltro per la ragione alla reintegrazione. L'impeto del fiume occupa uno spazio, per il quale doveva esercitarsi la *via*, l'*iter* o l'*actus;* ma entro il tempo che basterebbe per la sua decorrenza a cagionare la perdita della servitù viene un'alluvione e risarcisce, ricostituisce lo spazio com'era prima; in tal caso anche la servitù si restituisce nello stato pristino, mentre, passato il tempo e perduta la servitù, occorrerebbe che la servitù stessa fosse costituita di bel nuovo (L. 14 pr., Dig. 8, 6). È legata la *servitus viae* attraverso ad un fondo, ma, adita l'eredità e nel tempo necessario a perdere la servitù stessa, non si domanda il legato perchè non se ne conosce l'esistenza: in tal caso la via si perde per non-uso. Ma se nello stesso tempo, prima di sapere che la servitù sia stata legata, si venderà il fondo proprio che dovrebb'essere dominante, la via apparterrà al compratore, dato ch'egli se ne sia servito per il tempo rimanente a compiere il periodo necessario per l'estinzione della servitù a cagione di non-uso; dappoichè colui a favore del quale fu fatto il legato non può più disporre del fondo e però non può ripudiare il legato (L. 19, § 1, Dig. 8, 6). Dunque anche in questo caso la servitù si perde per non esercizio, anche se il non esercizio è conseguenza del non sapere che esiste un tale legato a proprio favore. Nella l. 34, § 1, Dig. 8, 3, PAPINIANO propone, senza risolverlo, un dubbio sulla reviviscenza della servitù d'acquedotto: *si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habebo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquaeductus amissus erit, quaeritur*. Ma nella successiva l. 35 è riportato un rescritto di CESARE a STATILIO TAURO sul punto di una *servitus aquaeductus* di cui per un certo tempo si era fatto uso, ma che poi non si potè più esercitare per il disseccamento della fonte; domandandosi se, tornando l'acqua a scorrere dal fonte, si dovesse o no intendere come ricostituito il diritto di condurre acqua, che frattanto era rimasto sospeso, non

Digitized by Google

per negligenza nè per colpa del titolare della servitù. Il rescritto fu favorevole alla restituzione e ricostituzione della servitù, senza distinguere se il non-uso sia durato *intra statutum tempus*, cioè per il tempo necessario a maturare la prescrizione estintiva, oppure per un tempo minore. Nella l. 4, § 27, Dig. 41, 3, si fissa poi che la *servitus viae*, cessata per espulsione violenta del proprietario del fondo dominante fatta dal proprietario del fondo serviente, quando non si eserciti per lungo tempo, produca la perdita del diritto; non dovendosi aver riguardo alla violenza, perchè una servitù come diritto incorporale non si possiede, *nec de via quis* (aggiunge il testo presumibilmente interpolato), *id est mero iure, detruditur*. Questo frammento vuol essere inteso nel senso che la servitù si perde per il fatto del non-uso: mero fatto da non confondersi col fatto o colla figura giuridica del possesso dotato di conseguenze legali: cessando quindi la servitù per non-uso, è indifferente che il non-uso sia spontaneo in chi aveva diritto all'uso o sia l'effetto di una violenza esterna, dappoichè contro le violenze esterne l'utente della servitù aveva quei rimedi che gli conferiva il diritto del quasi-possesso della sua servitù, o in mancanza i rimedi della forza, o forse nessun rimedio. Quali rimedi egli avesse e se rimedi avesse contro la violenza non importa; il fatto sta ch'egli ha cessato di usare della servitù che prima esercitava; e questa cessazione lo fa intoppare nella perdita, qualora si prolunghi per il tempo che la legge determina come necessario all'effetto, senza riguardo ad altra circostanza che al non-uso, e specialmente senza riguardo alla legittimità o meno del quasi-possesso della servitù che ha cessato di esercitarsi, e all'esistenza stessa di quel quasi-possesso, e al modo come l'esercizio finì. Dunque, il requisito dell'imputabilità e quello della volontarietà del non-uso, perchè possa aversi la perdita della servitù, cadono per questi testi, la cui interpretazione non è dubbia: occorre il fatto puro e semplice della cessazione dell'esercizio e non occorre altra indagine, neppure diretta alla determinazione e alla valutazione della causa di una cessazione siffatta. Resta allora il requisito della totalità del non-uso: requisito il quale non si desume direttamente da qualche testo, ma resulta dai con-

Digitized by Google

cetti già svolti sulla indivisibilità delle servitù prediali, le quali si mantengono fin sull'ultima particella della cosa dominante o della cosa serviente che malgrado lo smembramento sia rimasta atta alla prestazione del servizio. Risulta bensì dal concetto dell'unità e dell'indivisibilità della servitù stessa considerata nel suo esercizio; per cui, anche se si eserciti solo una particella di tutto quanto il diritto che si avrebbe la facoltà di esercitare, è lo stesso come se si esercitasse tutto quanto il diritto che cade in esercizio. Si dice inoltre che, per produrre l'estinzione della servitù a cagion di non-uso, è necessario che la servitù stessa non siasi esercitata nè per sè nè per altri (quantunque, aggiungono, non fosse mancata occasione per farlo): la qual cosa si direbbe a prima vista cozzare colla sentenza di Paolo (L. 25, Dig. 8, 6), che non sembra avere usato della servitù se non colui il quale credette di usarne come di un diritto proprio; e perciò non compete nè l'interdetto nè l'azione utile a colui che si servì del fondo altrui come di via pubblica o come se si trattasse di una servitù altrui. Paolo dice che non usa della servitù chi si serve del fondo altrui come se si trattasse di una servitù altrui, e intende evidentemente riferirsi a chi pretende poi di avere acquistato o conservato per sè la servitù stessa avente il contenuto che per l'utente rappresentava appunto il contenuto d'una servitù altrui: ma non intende punto di escludere il concetto di rappresentanza nell'esercizio delle servitù, nel senso che taluno possa fare per conto di qualche altro un atto d'esercizio della servitù e quindi evitare che la persona per la quale compie l'atto stesso incorra nella perdita di una servitù per non-uso: e non esclude neppure nè intende certamente escludere in questo caso la gestione di negozio utile. Qualche difficoltà potrebbe sorgere nell'ipotesi del negozio utile, qualora chi compie l'atto d'esercizio delle servitù intendendo di far negozio utile per altri non abbia apertamente dichiarato tale sua intenzione al proprietario del fondo, nè questi possa con la sua previdenza presagire che l'atto da lui visto sia diretto ad interrompere il non-uso della servitù: ma nessuna difficoltà può sorgere in caso di rappresentanza, perchè il concetto di rappresentanza è di applicazione generale e non

Digitized by Google

trova limitazione se non pei diritti che debbono essere personalmente esercitati perchè includono la considerazione immediata della persona; p. es., per lo stesso mandato ch'è fatto in considerazione della fiducia personale e che non si può riversare sopra altri, della locazione delle persone o delle opere personali che hanno riferimento ad una speciale ragione di abilità, e appunto per la sua conosciuta o presunta abilità sono affidate ad una persona determinata. Evidentemente poi nella estinzione della servitù per non-uso non è punto necessaria la buona fede, perchè l'omissione sorge e si rileva dalla considerazione dei fatti obbiettivamente riguardati.

Per la *usucapio libertatis*, la quale anch'essa dapprima maturavasi in un biennio, invece occorre qualche requisito di più oltre quelli che si richiedono per la perdita della servitù a cagione di non-uso; perchè la *usucapio libertatis* parte dalla consapevolezza nel proprietario del fondo serviente dell'esistenza del vincolo limitativo della libertà nell'esercizio della proprietà. Anzitutto per l'*usucapio libertatis* si domanda il possesso e che questo possesso non sia interrotto. Per la non-interruzione del possesso si adduce un testo di GIULIANO (L. 32, Dig. 8, 2), ov'è detto che si usucapisce la libertà del fondo serviente, ossia la liberazione di esso dalla servitù, qualora si posseggano le case sulle quali la servitù è fondata; perchè, se quegli il quale aveva sopraedificato cessò di possedere le case prima del tempo stabilito per la maturazione dell'usucapione di cui si tratta, l'usucapione si ritiene interrotta, e però, ricominciando dopo quel tempo il possesso delle case, ricomincia daccapo il percorso del tempo necessario per la *libertatis usucapio*. Aggiunge quindi il giureconsulto che la natura delle servitù è tale, da non potere essere desse specialmente e separatamente possedute, ma da doversi intendere possedute da chi possiede le case dominanti; e questo senza dubbio a dilucidazione del concetto che a base della *libertatis usucapio* debba trovarsi il possesso delle case servienti, la cui libertà si tratta di usucapire. Perciò, come non si dà possesso di servitù senza possesso del fondo dominante, così non si dà *libertatis usucapio* senza possesso del fondo serviente, nello stato di contraddizione all'esercizio della servitù di cui si tratta; ed il possesso del

Digitized by Google

fondo dev'essere legittimo, anzi *iure proprietatis* e proprio come può esserlo un possesso *iure proprietatis*, perchè se ne possa usucapire la libertà. Si aggiunge poi più chiaramente che occorre la buona fede del proprietario del fondo serviente, il quale si accinga ad usucapire la libertà del proprio diritto di proprietà: la qual buona fede può specialmente consistere nel non conoscere che una servitù e che quella determinata servitù gravi sul proprio fondo, oppure nella credenza che il titolare della servitù stessa ne abbia fatto remissione al fondo serviente, o che sia intervenuto un altro mezzo qualsiasi di estinzione della servitù che prima egli sapeva esercitata. Questa è la buona fede specifica e noi non possiamo non tenerne conto, insieme a tutte le circostanze di fatto che possano avervi una qualche relazione.

Per la perdita della servitù a cagione del non-uso vi sono delle regole speciali. Un frammento di Paolo (L. 7, Dig. 8, 6) si preoccupa della difficoltà che potrebbe sorgere per la perdita delle servitù a cagione di non-uso, secondochè si tratti di acqua estiva o per un solo mese dell'anno, oppure per anni e mesi alterni, od anche di *iter* a giorni alterni o ad ore alterne o ad un'ora sola per giorno o soltanto di notte: perciocchè la mancanza di continuità, specialmente qualora non si tratti di esercizio quotidiano, fa sì che l'esercizio stesso non possa agevolmente considerarsi e apparire interrotto come allorchè si tratta di servitù continue, per le quali appunto ordinariamente occorre anche l'*usucapio libertatis* da parte del proprietario del fondo serviente. Ma il frammento è di ben dubbia autenticità, quantunque una certa pratica nel diritto comune ne abbia tratte delle conseguenze bene arrischiate; anche preso così com'è riportato nel testo fiorentino, vi si trovano delle soluzioni ben poco chiare. Infatti: se si tratta di un esercizio ad anni o mesi alterni, la perdita s'incontra *duplicato constituto tempore;* se si tratta di giorni alterni soltanto, *statuto legibus tempore amittitur*, considerandosi l'esercizio della servitù come quotidiano sol che per un'ora al giorno la servitù stessa si eserciti. Come si deve fare la duplicazione del tempo stabilito: distinguendo od amalgamando il non-uso tra presenti col non-uso tra assenti? Il giureconsulto nulla dice di questo particolare così impor-

Digitized by Google

tante; ma la dottrina del diritto comune credette colla massima indifferenza che si dovesse potere applicare il termine unico dei venti anni, senza riguardo a non-uso tra presenti ovvero tra assenti, in base a questo frammento di PAOLO e alla l. 14 pr., Cod. 3, 34 (1). Oltre a ciò il motto *constituto tempore* è ormai da lunga mano sospetto (2), perchè non debba dar sicuro indizio d'interpolazione, specialmente posto accanto a quel *perdere* posto nella fine del frammento, e che non è certamente di buona latinità di fronte al classico *amittere* già adoperato nel frammento stesso. Altra regola speciale al non-uso come causa di estinzione delle servitù prediali è che non si può parlare di non-esercizio delle servitù prediali, allorchè, trattandosi di servitù avente un contenuto maggiore, questa si ritiene usata anche sol che si

(1) Per quanto sia pessimo sistema amalgamare senza criterio, e senza ricostruirne il passaggio e determinare le cause e i modi del cambiamento di diritto, un frammento di giurista classico ad una costituzione imperiale, prendendo anche senz'altro così com'è la cost. 14, Cod. 3, 34, noi vi troviamo anzitutto l'ipotesi che siasi pattuita col vicino la servitù di transito da esercitarsi in un sol giorno per quinquennio. Si domanda se una tal servitù si perda *non utendo*. Taluni ritennero, dice GIUSTINIANO, che il non-uso per due quinquenni successivi si ritenesse equivalente al non-uso biennale; come cioè se si dovesse contare per un anno quel giorno unico del biennio, per il quale la servitù si esercita. GIUSTINIANO, per togliere di mezzo le incertezze, stabilisce che si debba adottare la prescrizione decennale o ventennale; e nel caso speciale richiede che per quattro quinquenni, non per un giorno solo, siasi esercitata la servitù: dappoichè chi in tanto tempo non si è valso della servitù — *sera poenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.* — Dunque dalla l. 14 pr., Cod. 3, 34, non risulta affatto che, in tesi generale, per l'esercizio di una servitù ad anni o a mesi alterni, la perdita del diritto s'incorra *duplicato constituto tempore*. È bensì vero che GIUSTINIANO fissa come termine per l'estinzione della servitù, relativamente alla quale fu a lui proposto il caso, un ventennio; ma noi non sappiamo s'egli avesse ad occuparsi di prescrizione tra presenti o tra assenti: sappiamo una sola cosa, e cioè che GIUSTINIANO parla ancora quì di prescrizione decennale o ventennale, ossia di entrambe. Si può dunque argomentare che, se GIUSTINIANO avesse avuto intenzione di unificare le due prescrizioni in una prescrizione sola corrispondente al massimo periodo di tempo, non avrebbe fatto menzione anche della prescrizione relativa al periodo di tempo minore se non per dichiararla abrogata.

(2) GRADENWITZ in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. VII, pag. 56.

Digitized by Google

eserciti una servitù di contenuto minore; purchè, s'intende, sia compresa nella prima per ragion di specie. Così, p. es., avendosi una servitù di passaggio con animali e veicoli, la servitù stessa si ritiene esercitata anche soltanto col passare a piedi, perchè la *servitus aut tota amittitur aut tota retinetur* (L. 18, Dig. 8, 3), e del resto PAOLO ha risoluto ben chiaramente in questo senso in l. 2, Dig. 8, 6. La qual cosa è naturale, dappoichè si tratta di servitù le quali non hanno esercizio continuo e perciò non possono essere caratterizzate da uno solo o da pochi atti e non debbono poi essere necessariamente caratterizzate proprio da quegli atti, la cui parziale sconcordanza col contenuto e coll'esercizio della servitù costituita potrebbe autorizzare il sospetto d'una interruzione dell'uso e perciò del pericolo di estinzione della servitù stessa, considerata appunto in rapporto al suo atto costitutivo. Ma da questa ipotesi conviene sostanzialmente distinguere l'altra d'una servitù esercitata in un modo diverso da quello fissato; perciocchè in tale ipotesi si ritiene la servitù come non esercitata e si perde per non-uso dopo il tempo determinato. Così chi ha l'acqua notturna soltanto e se ne serve invece di giorno, perde l'acqua notturna; e così perde l'acquedotto colui che ne fa uso in ore diverse da quelle fissate e neppure in qualche parte di quelle ore determinate (L. 10, § 1, Dig. 8, 6): e così in genere chi si serve *alia aqua* (*alia aqua*, secondo l'uso dei Romani, non tanto vuol dire un'altra specie od un'altra fonte di acqua od un altro acquedotto, quanto piuttosto ed anche sempre una stessa quantità e qualità di acqua ma adoperata in modo diverso) e non di quella di cui si trattò nell'atto costitutivo della servitù, perde questa, come dice PAOLO in l. 18 pr., Dig. 8, 6. Se prima, aggiunge infatti lo stesso PAOLO in l. 17 pr., Dig. 39, 3, mi fu concessa la servitù dell'acqua notturna e quindi con altra concessione mi fu anche dato l'acquedotto diurno ed io mi sia servito soltanto dell'acqua notturna, perdo la servitù dell'acqua diurna diversa dalla servitù dell'acqua notturna, e la perdo per non-uso: qui non si tratta di un contenuto minore che sta in un contenuto maggiore, ma si tratta di due specie completamente diverse di servitù, l'una delle quali, quella che si esercita, può persino usucapirsi quando gli estremi

Digitized by Google

dell'usucapione concorrano; mentre si perde l'altra per non-uso. Insomma, si può ritenere che i Romani non trascurassero di regolare in tutti i sensi la perdita della servitù per non-uso: il che fa supporre che all'epoca dei giuristi classici una tal causa di perdita avesse già trovato uno sviluppo conveniente non solo nella teoria ma anche nella pratica. È quindi il caso di ricostruire il pensiero dei giuristi classici soprattutto col metodo esegetico: non perdendo mai di vista il principio o la regola che ogni interpretazione dev'essere sfavorevole alla servitù, allorchè in una medesima fattispecie proprietà e servitù cozzino tra di loro: non si debbono cercare attenuanti al non-uso, nè del non-uso si debbono ammettere giustificazioni nell'intenzione del non-utente; il fatto di per sè, obbiettivamente, è di un'eloquenza parlante e non autorizza ricerche soggettive che valgano a modificarne il significato pratico.

117. Nei diritti moderni l'*usucapio libertatis* non era destinata ad avere un contenuto caratteristico e a sè stante, ma si trasformò ben radicalmente fino ad amalgamarsi colla prescrizione estintiva e costituire una funzione di questa, ossia un modo del suo funzionamento: la qual cosa si rileva senz'altro sostanzialmente dall'art. 667 Codice civile in quanto riguarda le servitù continue (quali sono infatti le urbane, di regola, ossia quelle alle quali si riferisce la *usucapio libertatis* del diritto romano) e per la decorrenza della prescrizione trentennale in ordine alle medesime stabilisce il giorno in cui siasi fatto un atto contrario alla servitù. Bisogna convenire che questo atto di contraddizione alla servitù in sostanza altro non rappresenta che un atto visibile di proprietà, ossia un atto che, cambiando terminologia, potrebbe costituire benissimo il primo atto d'usucapione della libertà, ossia un atto dal quale questa usucapione prenda le mosse. Certo questo atto contrario alla servitù, di cui parla l'articolo 667, può anche provenire dal proprietario del fondo dominante; ma è ben strano che il proprietario del fondo dominante offra egli stesso le armi in mano al proprietario del fondo serviente, e quindi l'ipotesi più ordinaria è che questo atto di contraddizione parta appunto dal proprietario

Digitized by Google

del fondo serviente. Partendo adunque da questa come da ipotesi normale si avrebbe la seguente conseguenza: che il proprietario del fondo dominante perderebbe o si vedrebbe estinta la sua servitù per propria trascuranza trentennale bensì, ma senza che egli per fatto suo abbia saputo o potuto porre o determinare il punto di partenza, dal quale una tale sua trascuratezza abbia prodotto o possa aver prodotto delle conseguenze giuridiche. Vero è che la prescrizione trentennale è posta tra i modi di estinzione e non tra i modi di perdita delle servitù: e vero è altresì che l'atto contrario alla servitù, susseguito da un trentennale periodo d'inerzia del proprietario del fondo dominante, significa che questi non volle o non potè legalmente far resistenza alla contraddizione del suo diritto di servitù; talchè la condotta del proprietario del fondo serviente non è continuativa, come continuativa è l'inerzia del proprietario del fondo dominante, ma consta di un solo atto — la negazione e contraddizione pratica all'esercizio del diritto di servitù e alla stessa sostanza e contenuto di quel diritto che trovasi da parte del fondo dominante e del proprietario di esso —. Questo atto, come atto positivo o di contraddizione, è bensì il prodotto dell'attività del proprietario del fondo serviente, ma costituisce appunto il principio di quel lungo periodo d'inerzia del proprietario del fondo dominante: talchè da parte del proprietario del fondo serviente stesso esclude la necessità di ulteriori atti di contraddizione. Del resto, la natura di un atto negativo o non-uso continuato è tale, che non può ritenersi direttamente provato, ma solo provato indirettamente, quando chi avrebbe interesse a farlo non riesce a provare l'uso: ma, se pure è ammesso un tal modo indiretto per provare il non-uso attuale, ossia in un dato momento storico, non si può neppure indirettamente, con dati desunti dall'uso o dal non-uso, determinare un termine dal quale il non-uso stesso debbasi ritenere cominciato. Per fornirsi un dato di questa specie, relativo cioè al cominciamento del non-uso, conviene uscire dal campo dell'uso e del non-uso e più specialmente conviene appellarsi ad un fatto tutto proprio ed esclusivo nel proprietario del fondo serviente, vale a dire al fatto della contraddizione diretta e immediata al diritto e all'esercizio del diritto

Digitized by Google

di servitù. Questo fatto di contraddizione alla servitù evidentemente può presentare due aspetti: da una parte può significare affermazione del proprio diritto di proprietà e quindi *usucapio libertatis;* dall'altra può suonare come diffida di svegliarsi al proprietario del fondo serviente, susseguita dal costui persistente silenzio, chiaramente rivelatore d'inerzia cosciente e di quell'inerzia ch'è poi destinata a protrarsi per il bel decorso d'un trentennio non interrotto. Se vi sono più atti di contraddizione del proprietario del fondo serviente e tutti sono stati susseguiti dalla stessa inerzia del proprietario del fondo dominante, evidentemente è al primo di questi atti di contraddizione che conviene aver riguardo: mentre, se non vi fosse il mezzo di questi atti di contraddizione, converrebbe vagare nell'indeterminato e nell'incerto per sorprendere vari momenti storici in epoche diverse, i quali possano dare una misura esatta dello stato e della qualità della servitù e della durata del suo esercizio, o, piuttosto, del non-esercizio di essa o dell'esercizio di atti di piena proprietà da parte del proprietario del fondo serviente. Invece, quando si ha in essere un atto di contraddizione all'esercizio della servitù, e quando a questo atto di contraddizione non risulta opposta una corrispondente resistenza da parte del proprietario del fondo dominante, è la presunzione che milita a favore della libertà dei fondi. O forse sarebbe stato conveniente escludere la prescrizione estintiva delle servitù prediali o di qualche specie delle servitù prediali, p. es. delle discontinue? No, certamente: una volta ammessa la prescrizione trentennale per il non-esercizio di tutti i diritti, compreso quello ottimo massimo di proprietà, evidentemente non poteva evitarsi la prescrizione estintiva delle servitù prediali oppure di altri diritti reali, frazionari della proprietà stessa. Ma, per questo appunto che si tratta di prescrizione estintiva della servitù, l'atto contrario alla servitù, dal quale decorre il trentennio della prescrizione, non occorre sia della stessa natura e della stessa specie dell'atto contrario all'esercizio della servitù dal quale muoveva l'*usucapio libertatis* del diritto romano. Quindi, come si è detto, la contraddizione alla servitù non occorre che parta dal proprietario del fondo serviente il quale la invoca per l'usucapione, ma può anche

Digitized by Google

partire dal proprietario del fondo dominante stesso, contro del quale verrà poi invocata la prescrizione estintiva, e può partire anche da un terzo il quale non sia in rapporto di mandato o di *negotiorum gestio* nè con l'uno nè con l'altro dei due proprietari. Anzi, si aggiunge che basta anche un fatto di forza maggiore dal quale risulti la contraddizione alla servitù, susseguito dal non-uso del proprietario del fondo dominante, per indurre senz'altro, col decorso del trentennio, la prescrizione estintiva della servitù stessa: come, p. e., se una forte scossa di tremuoto abbia distaccato la trave dal suo punto d'immissione, senza che il proprietario del fondo dominante siasi in prosieguo di tempo data la pena di domandare al proprietario del fondo serviente l'esecuzione di quelle opere che siano necessarie per il riavvicinamento della parete al trave e senza che egli stesso abbia fatto nulla a questo scopo e in questo senso. Per verità, quantunque sia evidente l'intenzione del legislatore di guardare obbiettivamente all'atto contrario alla servitù, egli ha tuttavia parlato di *atto fatto* o di *fare un atto;* le quali espressioni, a nostro modo di vedere, non possono applicarsi all'ipotesi di forza maggiore, che non produce *atti* o *fatti* ma semplicemente dei *casi* o degli *eventi.* Vi è bensì, nell'evento di forza maggiore, una specie di obbiettività contraria all'esercizio della servitù; ma, coordinatamente ad esso e dipendentemente da esso, alcuno nulla fece, in modo veruno agì; poichè il fatto o l'azione sono propri della natura organica e non dell'accidente naturale. Se, per esempio, una vegetazione parassitaria sgretola il muro serviente e rovina il punto d'attacco del trave, considerando anche questa circostanza all'infuori della volontà del proprietario di esso muro che lascia crescere o promuove lo sviluppo delle erbe parassite e del proprietario del fondo dominante che lo tollera, si ha un fatto organico e una conseguenza di atti di vita vegetale, i quali non possono paragonarsi a ciò che può essere e può produrre una frana, la quale, mossa da un vicino monte, abbia prodotto il guasto del muro d'appoggio. La frana non è nè atto nè fatto, ma semplice accidentalità, la quale normalmente non dipende neppure in via indiretta dalla volontà d'alcuno; e non rappresenta un evento contrario alla servitù di un fondo

Digitized by Google

più che nol sia alla proprietà dell'altro, per la quale può anche rappresentare un pericolo maggiore del danno che rappresenta per l'esercizio della servitù. Certamente peraltro, dicendosi atti contrari alla servitù, s'intende ch'essi siano contrari in sè, obbiettivamente, nè si richiede che essi muovano da una contraddizione espressa e più o meno diretta del proprietario del fondo serviente; non si richiede punto che essi siano d'indole permanente e basta che siano anche d'indole transitoria. La loro permanenza occorrerebbe se essi costituissero il contenuto d'una *usucapio libertatis* fondata sulla contraddizione del proprietario del fondo serviente; ma, poichè costituiscono invece il punto di partenza d'una prescrizione estintiva, posta in giuoco soltanto dal proprietario del fondo serviente, ma in tutto addebitabile alla trascuranza del proprietario del fondo dominante, essi valgono per il momento attuale della decorrenza: e, purchè si riesca a stabilirne l'esistenza ad un dato momento che rappresenti il *dies a quo* della prescrizione estintiva, altro non si richiede per la loro validità e possono considerarsi senz'altro come pienamente efficaci, senza neppure aver riguardo all'animo dal quale ebbero causa.

118. Il *modus* della servitù si prescrive anch'esso per il decorso del trentennio calcolato come indica l'art. 667: così infatti dispone l'art. 668, parificando la prescrizione del modo della servitù alla prescrizione della servitù medesima. Ma la teoria del modo non è originale nelle moderne legislazioni, perchè anzi deriva quasi del tutto e senz'altro dal diritto romano. Quando, anche a proposito dell'usufrutto (§ 3, Ist. giust., II, 4), i testi romani parlano di *modus*, non intendono già parlare di altro fuorchè di variazione possibile e prevedibile nell'esercizio di una medesima servitù, non già di una specie del non-uso che sia accompagnata o confermata dall'usucapione della libertà per parte del proprietario del fondo serviente. Questo *modus* o modalità sovente è la rivelazione precipua dell'attività personale dell'utente, nell'esercizio delle servitù; poichè, tra varie forme o specie possibili di esercizio, l'utente od esercente ne sceglie una, e cioè quella che giudica più confacente ai proprii interessi

Digitized by Google

e più opportuna. Ma intanto, oggettivamente considerato e in sè stesso, il *modus* fa parte del contenuto della servitù e si amalgama colla specie della servitù alla quale noi lo troviamo applicato o congiunto. Quindi, allorchè siamo alla prescrizione della servitù, evidentemente non si può scindere il contenuto generico dal *modus* di esercizio: entrambi fanno parte della servitù come praticamente si estrinseca e si traduce in atto, talchè, prescrivendosi qualche cosa che attiene al contenuto sostanziale della servitù stessa, non si vede come possa non prescriversi il *modus* della servitù. Quanto è ai testi del diritto romano, si sa che PAOLO nella l. 10, § 1, Dig. 8, 6, ritiene che si perda l'*aqua nocturna* da chi si serve invece dell'*aqua diurna*, e nella l. 18 pr., *eod.*, generalizza la sua opinione riconoscendo la perdita del diritto in chi si serve di un'acqua diversa da quella che costituisce l'oggetto della servitù: oltre di che nella l. 17 pr., Dig. 29, 3, espone che chi esercita ad un tempo e la servitù dell'acqua diurna e la servitù dell'acqua notturna, esercitando solamente l'una di queste servitù, perde l'altra, appunto perchè l'esercizio dell'una è perfettamente diverso dall'esercizio dell'altra di esse. Il *modus* è tanto inerente al contenuto delle servitù, che anche nel linguaggio comune chi dice modificazione, ossia cambiamento di modi, intende senza dubbio anche variazione di contenuto. Le modificazioni possono essere sostanziali o principali e accidentali o secondarie; ma intanto, allorchè si tratta di prescrizione acquisitiva, siccome si parte dal *tantum praescriptum quantum possessum*, non si può nè si deve distinguere se la modificazione è sostanziale ovvero accidentale, ma basta constatare che modificazione vi fu e che questa modificazione ha naturalmente un contenuto diverso da quello della servitù prediale così come trovavasi originariamente costituita e così come forse per un certo tempo fu anche esercitata. Ora il nostro Codice civile non ha fatto che seguire il concetto stesso del diritto romano, senza cambiarne una gamma, ma solo consacrando in un articolo apposito, che perciò ha un poco del dottrinario, un principio che avrebbe potuto amalgamarsi nell'art. 666 colla prescrizione estintiva della servitù senza distinzione tra modo e modo. Chi alza di qualche metro un muro soggetto a servitù, chi apre una

Digitized by Google

finestra, chi cangia la forma del tetto malgrado una servitù preesistente non acquista già per questo il diritto di alzare il muro quanto vuole o di aprire nuove finestre o di fare nuove variazioni al tetto; quasichè il primo cambiamento fatto abbia senz'altro cagionato l'estinzione della servitù tutta quanta. Viceversa, se una servitù costituita con un contenuto più esteso si è esercitata per un trentennio più limitatamente e non per la parte che costituisce la differenza e il passaggio dalla minore alla maggiore estensione, secondo una certa giurisprudenza, essa dovrebbe considerarsi persistere nella quantità e nel modo del suo esercizio, e per il dippiù resterebbe prescritta per il medesimo principio per il quale è sancito che, non esercitandosi affatto, si prescriva completamente. Anche relativamente al *modus* si deve tener fermo il principio generale che *in facultativis non datur praescriptio:* per la qual cosa, se il padrone del fondo dominante nell'atto costitutivo siasi riservata la facoltà di prescegliere l'uno all'altro modo di esercizio della servitù, l'esercizio stesso in un modo anzichè in un altro non cade in estinzione a causa di prescrizione.

Naturalmente, deve raccomandarsi di non confondere la modalità dell'esercizio col contenuto specifico della servitù: il prescriversi dell'una e dell'altro con eguali effetti estintivi non importando che per questo si debba confondere la struttura del contenuto specifico qualitativo con la struttura del *modus*, il quale non caratterizza la specie della servitù, ma attiene unicamente all'esercizio di essa. Nel tempo stesso però deve considerarsi che il *modus* non costituisce un elemento precario della servitù, perchè in esso si traduce esternamente tutto quanto l'esercizio della servitù stessa; talchè, per chi non ha tempo, modo o volontà di ricercarne l'interna struttura, nella servitù il *modus* costituisce tutto quanto il lato pratico dell'istituto.

D'altra parte il dire che un esercizio è precario non è già dire sempre o soltanto che dev'essere tale di per sè o per il suo titolo costitutivo, ma sempre si rivela per l'esercizio: talchè ad un lungo trentennale non interrotto esercizio sarebbe assurdo applicare i caratteri e le regole del precario, tale considerandolo unicamente perchè debba esser tale secondo una sua

Digitized by Google

pretesa indole o natura. L'esercizio di una data servitù è l'esercizio della servitù stessa con una data modalità, quando sono protratti a lungo, s'incorporano quasi e s'immedesimano uno coll'altro. Questa difficoltà almeno per gli effetti e le apparenze esteriori di distinguere il modo dal contenuto della servitù, e le moderne sottigliezze per acquisire alla scienza una tale distinzione hanno fatto sì che la prescrizione del *modus* oggi non si voglia più ricondurre alle regole del diritto romano: la quale affermazione critica risale al commento dell'art. 708 Cod. Napoleone, corrispondente al nostro 668 e che si volle derivare dalle dottrine del DOMAT (1) desunte dalla distinzione tra *aqua diurna* e *aqua nocturna* della l. 10, § 1, Dig. 8, 6, od anche da dottrine anteriori alla sua. La differenza tra la dottrina romana e la dottrina moderna starebbe in ciò: che, secondo la dottrina romana, vigerebbe la rigorosa applicazione del principio che le servitù si costituiscono, si conservano e si estinguono per intiero e non per frazioni; mentre, secondo la dottrina moderna, grazie al *modus* che si prescrive, la servitù stessa verrebbe a prescriversi se non altro in parte. D'altro canto si aggiunge che, essendo il *modus* un diritto di obbligazione e non un diritto reale, dev'essere lasciato in piena libertà del titolare della servitù di usarne nel modo da lui reputato migliore, senza che la scelta di un modo lo vincoli pel trascorso del tempo impedendogli in caso di cambiamento di attenersi ad un *modus* originario e forse stabilito nell'atto di costituzione della servitù e da lui anche per un certo lasso adottato: che basti quindi usare della servitù in un modo qualsiasi per non perdere nè la servitù nè qualsivoglia altro modo di esercizio della servitù stessa, diverso da quello che serve per l'esercizio attuale al momento in cui di perdita si tratta. Una difficoltà sorge dall'art. 670 Cod. civile, il quale, riproducendo la l. 10, § 1, Dig. 8, 6, secondo il PACIFICI (2), insiememente toccherebbe di un modo ossia di un tempo diverso e di una servitù diversa da quella stabilita. Che il tempo

(1) *Lois civiles*, I, XII, VI, V.

(2) *Codice civile italiano commentato;* Firenze, Cammelli, 1887, vol. III, § 245.

Digitized by Google

si riferisca al modo della servitù risulterebbe dalla l. 4, § 2, Dig. 8, 1, ov'è scritto: — *intervalla dierum et horarum ad modum pertinent iure constitutae servitutis* —; per cui l'art. 670 non sarebbe che la specie del genere previsto dall'art. 668.

Ma quest'articolo, si domanda il PACIFICI, riguarda il modo minore, o solamente un modo diverso per qualità? Egli risponde che quest'articolo non riguarda l'esercizio della servitù in un modo minore, ma bensì l'esercizio della stessa in un modo diverso, poichè l'art. 666 riguarda il non-uso, l'articolo 667 la cessazione dell'uso, l'articolo 668 il modo diverso di uso o l'uso di una diversa servitù, e in forza di un diritto maggiore si può bene esercitare un diritto minore, pur restando sempre eguale la natura e la specie e l'individualità giuridica del diritto stesso. Il diritto del massimo esercizio della servitù non sembra al PACIFICI troppo atto a tramutarsi in obbligo; oltre a ciò, per l'art. 669 si richiede l'esistenza e la conservazione in istato di servizio dell'edifizio di presa o del canale derivatore, mentre sarebbe ridicolo contentarsi di un semplice passaggio, per una volta tanto, col cocchio od a cavallo entro i trent'anni, anche per mezzo o per opera di un estraneo, allo scopo di mantenere l'esercizio delle servitù nel suo modo massimo. Per tutte queste ragioni il PACIFICI ritiene che secondo l'art. 668 il modo della servitù si estingue, se diverso da quello indicato dal titolo e non già se minore, nell'opinione di rendere con questo perfetto omaggio al principio di diritto romano.

Noi conveniamo perfettamente col PACIFICI, quando l'esercizio minore sia un fatto riferibile al *modus* e non alla specie della servitù, ritenendo con questo d'interpretare più esattamente il concetto di PAPINIANO nella suddetta l. 4, § 2, Dig. 8, 1, specie in analogia con quanto risulta dalla l. 10, § 1, Dig. 8, 6. Vi sono dei periodi di tempo che attengono al modo ed altri periodi di tempo che attengono invece alla specie della servitù; l'*aqua diurna* e l'*aqua nocturna* appartengono certamente, in diritto romano almeno, alla specie delle servitù, ma l'esercizio dell'*aqua* in talune ore anzichè in talune altre del giorno o della notte attiene al *modus* delle servitù stesse. La diversità evidentemente dipende dal

Digitized by Google

diverso scopo delle servitù rispettive e non da altre circostanze più o meno estrinseche.

Quanto all'applicazione della prescrizione del *modus*, ritenuto il principio romano dell'indivisibilità e cioè della sufficienza di un esercizio parziale per salvaguardare il diritto totale, qualora si tratti di quantità e non di specie, è facile risolvere tutti i casi pratici: invocando a concorso del principio della indivisibilità della servitù il principio che in caso d'incertezza conviene ritenere prescritto il modo maggiore della servitù, in omaggio alla libertà della proprietà; come se, concessa la servitù di veduta senza determinazione di numero, luogo e misura delle finestre, si pretendesse di conservare sempre il diritto di aprirne in numero, località e misura a piacere, sol per averne nel trentennio aperte talune, in talune località, di una certa misura anche meno ampia. Nel che ci troviamo a discordare col PACIFICI (1), il quale non trova difficoltà in un'applicazione diversa dell'antica dottrina, là ove lo stesso principio d'indivisibilità più non lo assiste, quando pure non vi fossero nel titolo stesso costitutivo o in titoli posteriori dichiarativi elementi tali da ritenere facoltativa nell'esercente la servitù la quantità, posizione e ampiezza delle finestre stesse. Alla stessa stregua, trattandosi di servitù discontinua, si prescrive l'uso maggiore per effetto dell'esercizio trentennale di un uso minore, qualora quest'uso attenga al modo della servitù e non rientri nel contenuto di essa sotto la salvaguardia del principio di indivisibilità; poichè non è della libertà d'azione del proprietario del fondo dominante che noi dobbiamo tanto preoccuparci, quanto piuttosto della libertà del dominio del fondo serviente, a favore della quale dobbiamo sempre decidere, qualora non sianvi argomenti diretti o positivi, ad ogni modo sicuri, in favore della limitazione maggiore di quella che risulta da trentennale osservanza. Questo principio non deve infatti soltanto aversi di guida allorchè si tratti di cambiamento nello stato dei luoghi, ma in tutti gli altri casi nei quali si tratta di autorizzare o legalizzare un esercizio più

(1) Loc. cit., § 268. Il PACIFICI prende soprattutto come regola l'interpretazione ristrettiva delle servitù di fronte allo *ius proprietatis*.

Digitized by Google

gravoso della servitù, in confronto di quello che sino allora si era messo in pratica; senza distinguere punto tra servitù positive e negative, perchè la servitù è sempre servitù, comunque ne vari la portata o la esterna manifestazione.

119. Quanto è alla regola romana che limita il contenuto della prescrizione al contenuto del possesso vantato da chi invoca la prescrizione stessa, non nascondiamo che una certa preoccupazione non può non impadronirsi del nostro animo, allorchè noi riconosciamo l'importanza pratica di questa norma e l'effettiva esistenza di un quasi-possesso nelle servitù, al quale potrebbe estendersi il principio applicato al possesso. *Tantum praescriptum quantum possessum:* è una regola della quale non ci sapremmo mai rassegnare ad ammettere una violazione neppure in materia di estinzione delle servitù; ma la difficoltà sta piuttosto nel conoscere caso per caso, data l'indivisibilità del concetto di servitù, il *quantum possessum* o *quasi-possessum.* Il possesso è un diritto il cui contenuto corrisponde all'esteriorità originaria del diritto di proprietà; ma il quasi-possesso *iure servitutis,* essendo contemporaneo e parallelo al possesso *iure proprietatis,* non può evidentemente presentare un contenuto corrispondente alle esteriorità del diritto di proprietà. Il suo contenuto quindi vuol essere ben diversamente determinato dal contenuto del possesso: esso è un contenuto speciale che si traduce nell'esercizio di quel determinato diritto reale, come d'ordinario il possesso non è che l'esercizio esteriore del diritto di proprietà. Ma noi non possiamo giuridicamente scindere la servitù dal suo quasi-possesso, mentre scindiamo il possesso dalla proprietà; per noi la servitù e il suo quasi-possesso rappresentano due elementi che sono congiunti come un diritto e il suo esercizio e che non possono scindersi menomamente, a causa di un' impossibilità non formale, ma veramente materiale. Quindi il possesso della servitù deve determinarsi, nel suo quantitativo, sempre in rapporto all'indole della servitù stessa alla quale detto possesso, o, per dir meglio, quasi-possesso si riferisce come esercizio in atto.

Ma qui appunto occorre molta sottigliezza nel determinare il limite minimo o la quantità minima degli atti di

Digitized by Google

esercizio di una determinata servitù; talchè, esercitandone appena appena qualcuno di meno, si possa dire che la servitù non si possiede (s'intende quella servitù di cui si tratta), e forse se ne possiede un'altra, e forse non se ne possiede alcuna. Questo evidentemente si dice a riguardo della prescrizione acquisitiva; e a noi resta dimostrare, anche all'infuori della *usucapio libertatis*, quale influenza possa avere sulla prescrizione estensiva di cui ora trattiamo. Ora vi è una posizione in cui quella norma suindicata del *tantum praescriptum quantum possessum* può gettare viva luce anche in riguardo alla prescrizione estintiva, ed è nel caso della l. 10, § 1, Dig. 8, 6: chi ha l'acqua notturna, ma non usa che dell'acqua diurna per il tempo stabilito come necessario e sufficiente alla perdita della servitù, per l'uso ed anche per l'usucapione dell'acqua diurna non si salva dalla perdita dell'acqua notturna. Supponiamo che l'acqua notturna siasi acquistata in forza di un titolo; nel caso nostro l'acqua diurna si esercita e magari si usucapisce, se non contro, certamente oltre il titolo d'acquisto dell'acqua notturna, e per conseguenza, nel concorso dei requisiti di legittimità del possesso, non è certamente assistita dal titolo. Prendendo a base dell'acquisto dell'acqua diurna il possesso, si trova la ragione della limitazione dell'acqua soltanto al giorno: per cui, al suo risveglio, il proprietario del fondo dominante che forse credeva di aver conservato coll'*aqua diurna* anche l'*aqua nocturna*, come se si fosse trattato di un'*aqua* sola, si sente contrapporre la limitazione del suo possesso alla sola *aqua diurna*, come se avesse usucapito l'acqua diurna indipendentemente da ogni facoltà in lui di esercitare l'acqua notturna, e senza una tale facoltà, cioè senza alcun titolo per l'acqua notturna. In tal caso la limitazione del possesso all'*aqua diurna* è implicitamente considerata come esclusione del possesso (o quasi-possesso) per l'*aqua nocturna*; ed ecco come viene in campo il principio *tantum praescriptum quantum possessum*, come limite negativo in rapporto alla *servitus aquae nocturnae*. Perchè appunto allorchè si tratta di cambiamento nel *modus* della servitù, non è da supporsi che taluno cessi di esercitare del tutto una servitù, quando l'aveva esercitata da tanto tempo, senza una ragione

Digitized by Google

plausibile. Quindi sarà da vedere se gli atti di esercizio da lui praticati e che possono essersi protratti per un trentennio abbiano valore come atti d'esercizio della servitù assistita dal titolo di acquisto, di un'altra servitù con diverso contenuto, o di nessuna servitù. In tal caso si dirà *tantum praescriptum quantum possessum*, allorchè si tratti di strappare alla prescrizione estintiva qualche briciolo da concedersi alla servitù o ad una servitù eventuale di nuovo acquisto.

Evidentemente, se si tratta di una servitù di contenuto affine o compreso nel contenuto della servitù estinta, è necessario confrontare il contenuto della servitù estinta col contenuto della servitù acquistata, e la differenza tra il nulla rappresentato dalla servitù estinta ed il meno o il diverso rappresentato dalla servitù nuova costituisce non già un semplice cambiamento di *modus*, ma un vero e proprio cambiamento di specie o d'individuo. Quindi la nuova servitù deve contenersi nei suoi limiti ristretti, e, se le facoltà alla medesima annesse sono minori delle facoltà annesse alla servitù che si è estinta, è giuocoforza adottare un' interpretazione limitata e trattenuta nel campo della minima restrizione al diritto di piena proprietà sulla cosa serviente. È però ben da distinguersi da questa l'altra ipotesi che il contenuto minore o diverso, per la natura indivisibile della servitù di cui si vorrebbe l'estinzione, non rappresenti più l'entità di una servitù minore, ma invece un modo della stessa servitù originaria, ovvero una parte dell'esercizio della servitù stessa, di cui originariamente si è trattato. In altri termini, qualora il cambiamento di esercizio conduca ad un'altra servitù di contenuto autonomo e diverso da quello della servitù che si va estinguendo, in tal caso il possesso più limitato è regola alla costituzione della nuova servitù: ma, qualora il cambiamento non induca ad una nuova servitù, è giuocoforza indagare se gli atti che si sono posti in essere, quantunque non esauriscano tutte le facoltà le quali rientrano nel contenuto della servitù di cui si tratta, tuttavia bastino per tener viva e accesa la servitù stessa in un esercizio unico che possa anche estendersi a tutto quanto il campo qualitativo e quantitativo della servitù stessa. Questo esame

Digitized by Google

non è tale che possa farsi *a priori* e generalmente per tutti i casi; ma, a nostro modo di vedere, dipende ogni volta dalla diversa individualità della servitù, dal modo di essa e dalle circostanze di fatto in mezzo alle quali la servitù stessa si esercita.

In talune circostanze, specialmente di destinazione dei proprietari, oppure anche di luoghi, può accadere che una servitù possa ritenersi viva ed esercitata realmente anche con taluni atti o con un solo atto, i quali od il quale in altre circostanze di territorio e di destinazione e in altri tempi non avessero potuto rendere affatto l'immagine dell'esercizio di una servitù qualsiasi, nonchè della originaria acquistata per titolo speciale. Il criterio pratico che deve presiedere alla risoluzione dei singoli casi non è frutto dunque di regole giuridiche predeterminate, ma del buon senso accoppiato al senso giuridico: poichè talvolta un esercizio minore è virtualmente indice di una facoltà maggiore che forma il contenuto d'una riserva e che basta per tener viva e rendere esercibile in qualsivoglia modo per l'avvenire tutta quanta la servitù di cui si controverte. Viceversa, per ragioni speciali, può darsi che, quantunque si eserciti una serie di atti, il cui contenuto quantitativo sia maggiore di quello di cui prima si parlò, tuttavia per ragioni di minore affinità ed in genere per ragioni qualitative questo maggiore esercizio non sia sufficiente per tener vivo l'esercizio della servitù. Senza dubbio l'interpretazione vuol essere ragionevole e pratica, ma non sistematicamente perciò ispirata al concetto della libertà d'azione del proprietario del fondo dominante: anzi questo è un principio vieto da escludersi senz'altro per timore degli inevitabili tralignamenti.

Digitized by Google

CAPO III.

Perimento della cosa.

120. Differenze tra il perimento della cosa serviente nell'usufrutto e nelle servitù prediali. — 121. Il perimento procurato dalla volontà dell'uomo non differisce dal perimento casuale; perimento parziale.

120. Il perimento della cosa, come modo di estinzione della servitù che su di essa o a favore di essa esercitavasi, non offre difficoltà, almeno visibili e prevedibili. Un frammento dei libri sabiniani di PAOLO (L. 20, § 2, Dig. 8, 2), per l'usufrutto, dice chiaramente — *sublato aedificio ususfructus interit, quamvis area pars est aedificii* —. Questo testo riguarda l'usufrutto e non è neppure precisamente adattabile, dato il suo inciso finale (*quamvis... aedificii*), alle servitù prediali, alle quali tuttavia si suol riferirlo, in mancanza di meglio. D'altra parte, neppure per l'usufrutto questo inciso è decisivo; perchè dalla l. 10, § 1, Dig. 7, 4, noi ricaviamo che la vera caratteristica della cessazione dell'usufrutto in causa del perimento della cosa usufruita sta in ciò, che, se dopo la demolizione della casa sulla quale era dapprincipio costituito l'usufrutto se ne fabbrica un'altra sul posto stesso, sulla nuova casa non torna a vivere il vecchio usufrutto. A questa risoluzione ulpianea relativa all'usufrutto si contrappone il responso di GIAVOLENO in l. 14 pr., Dig. 8, 6, relativo alle servitù prediali: *si locus, per quem via aut iter aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur; quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est.* La regola che l'usufrutto di una casa si estingue per il perimento totale della casa stessa, e si estingue definitivamente, in guisa da non potersi più ricostituire, è poi accentuata in più d'una ipotesi pratica: l'incendio di una casa sottoposta ad usufrutto produce l'estinzione completa dell'usufrutto stesso ed esclude ogni diritto sull'area (*Instit. Just.*, II, 4, § 3), l'*ususfructus areae* essendo comple-

Digitized by Google

tamente diverso dall'*ususfructus aedium*. Per queste ulteriori e maggiori differenze pratiche, ci sembra che, se gravi motivi concorrano per consigliarla, non si possa sdegnare l'interpretazione analogica alle servitù prediali della l. 20, § 2, Dig. 8, 2, considerata nei riguardi della piena estinzione dell'edifizio serviente, così nell'usufrutto come in servitù prediale e contrapposta all'immanente diritto del proprietario su qualsivoglia parte che sopravviva dal perimento della cosa propria — *meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo* — (L. 49, § 1, Dig. 6, 1). Noi diremo dunque senz'altro — *sublato aedificio servitus interit;* — e lo diremo come regola generale, tanto per la perdita fisica quanto per la perdita legale, anche oggi, e lo potremo estendere anche al *locus* ossia allo spazio territoriale sul quale la servitù prediale stessa in un modo o nell'altro si esercita. Perchè il perimento totale della cosa serviente produca la estinzione della servitù prediale è facile comprenderlo: se la servitù è data e si esercita in rapporto di quei dati fondi, edificii o terreni che siano, quando i fondi stessi sono completamente periti, vuoi che si tratti di case incendiate o dirute da cima a fondo, vuoi che si tratti di spazio occupato dall'impeto del fiume, la servitù stessa deve ritenersi finita.

E, poichè siamo in materia di servitù prediali, dovremo ritenere estinta la servitù anche per effetto di totale perimento del fondo dominante; dal momento che una data servitù prediale, di regola e tranne qualche eccezione per lo spostamento del luogo serviente (la quale eccezione per verità ricorre piuttosto quando si tratta di perimento parziale e non quando si tratta di perimento totale), inerisce siffattamente ai due fondi ai quali è riferita, che non si può neanche imaginare uno spostamento territoriale del suo contenuto. Ma appunto, se di spostamento da luogo a luogo nello stesso fondo serviente si può parlare, non si può invece parlare di traslazione dell'esercizio e del contenuto della servitù stessa da fondo a fondo, in seguito e per effetto del perimento totale, vuoi del fondo dominante, vuoi del fondo serviente. Peraltro il citato fr. 14 pr., Dig. 8, 6, di Giavoleno ci dà la base di una differenza profonda tra il perimento intiero della cosa serviente nell'usufrutto e il pe-

Digitized by Google

rimento intiero di essa nella servitù prediale. Se il luogo, dice GIAVOLENO, attraverso il quale si doveva la *via* o l'*iter* o l'*actus*, è stato occupato dalle acque del fiume, e per effetto di un'alluvione e in seguito restituito pria che sia decorso il tempo necessario per la prescrizione estintiva della servitù, questa pure s'intende restituita nello stato pristino; ma, se il tempo necessario per la maturazione della prescrizione stessa è decorso, la servitù è perduta e per goderne di nuovo conviene rinnovarla ossia costituirla come se non fosse mai esistita. È vero che l'ipotesi fatta dal giureconsulto si riferisce ad un caso tutto speciale, al caso di perimento del *locus servitutis* e del suo ristabilimento per un fenomeno naturale imprevedibile in entrambe le evenienze dalla mente dell'uomo: ma ad ogni modo, poichè questo ristabilimento non si verifica a riguardo dell'usufrutto, è naturale che su di esso noi andiamo a fermare la nostra attenzione. E in prima notiamo che il perimento del *locus servitutis* può conciliarsi o combinarsi tanto col perimento parziale quanto col perimento totale del fondo serviente, perchè, prevedendosi l'occupazione del *locus servitutis*, non si esclude con ciò l'occupazione di tutto il resto del fondo serviente; come pure per il verificarsi dell'ipotesi di questa legge è sufficiente l'occupazione *impetu fluminis* del solo *locus servitutis* e l'impossibilità per ragioni anche esclusivamente pratiche di trasportare il *locus servitutis* in altra parte del fondo serviente rimasta immune dall'occupazione del fiume. Or la restituzione della servitù, grazie all'alluvione, è data soltanto qualora l'alluvione stessa sopravvenga *intra tempus quod ad amittendam servitutem sufficit*, cioè prima che trascorra il tempo necessario per la maturazione della prescrizione estintiva della servitù prediale stessa, ossia prima del decennio o del ventennio a seconda dei casi. Dunque non basta l'occupazione del fiume per estinguere la servitù prediale, quantunque essa occupazione siasi estesa a tutto quanto il fondo serviente, ma occorre altresì la prescrizione estintiva. Peraltro, siccome la prescrizione estintiva è di per sè ragione sufficiente di estinzione senza che concorra l'occupazione *impetu fluminis*, così è naturale che l'occupazione *impetu fluminis* non sia considerata come una causa di estinzione della servitù prediale, ma soltanto

Digitized by Google

come una causa d'impossibilità dell'esercizio della servitù stessa. L'esercizio rimane quindi sospeso e virtualmente può riprendersi, fino a che la servitù non debba considerarsi come estinta per effetto di prescrizione: viceversa, allorchè trattasi di usufrutto, poichè l'usufrutto è uso di un fondo per i frutti e le utilità tutte che esso dà, quel diritto tanto risente dell'individualità della cosa usufruita, che, sostituendosi alla cosa stessa perita un'altra cosa anche fatta egualmente e che possa quasi ritenersi come identica alla prima, non per questo può dirsi che l'usufrutto sulla nuova cosa equivalga all'usufrutto sulla cosa precedente perita del tutto. Qualche differenza, per quanto leggiera, per quanto appena visibile, dev'esserci sempre; e ad ogni modo l'area, una volta vacua, è come se non ci fosse più per il proprietario del fondo dominante, perchè non ha alcuna attinenza strutturale con la servitù prediale. Se anche prima della maturazione del tempo necessario alla prescrizione estintiva la casa fosse ricostruita, non sarebbe più quella identica casa di prima e perciò non potrebbe usufruirsi di essa proprio come si usufruiva della preesistente. Veggasi invece quale sia la differenza tra l'usufrutto e la servitù di oneramento (*oneris ferendi*). L'usufrutto è intimamente legato alla individualità del fondo usufruito; mentre l'appoggio della trave non domanda che una forte parete di casa vicina, senza essere per nulla influenzato dalla disposizione interna delle camere della casa stessa, e solo richiedendo nella parete d'immissione una resistenza sufficiente al sostegno della trave immessa e al sopporto del peso corrispondente. La servitù di acquedotto non richiede che una superficie o un sottosuolo asciutto e solido da attraversare con le sue tubature; e quindi, come non può esercitarsi allorchè l'*impetus fluminis* ha allagata la campagna, così può ritornare allorchè l'alluvione ha restituito una superficie asciutta o un sottosuolo secco, atti al manufatto e attraversabili da questo senza che di esso pericoli la solidità, o, comunque, l'attitudine al servigio che deve fornire. La servitù di passaggio presuppone la possibilità di un passaggio più breve e più diretto da un punto all'altro, ma non richiede una comodità precisa ed una quantità determinata di comodi o di agevolezze nel passaggio stesso;

Digitized by Google

per cui, quando la superficie o il luogo adatto al passaggio si è ricostituito, la servitù di passaggio può benissimo ristabilirsi senza che s'incontri alcuna difficoltà nel fatto della sostituzione di uno ad altro territorio, grazie all'alluvione che ha ricostituito quanto era stato prima asportato dall'impeto del fiume.

121. Quando si parla di perimento della cosa, s'intende sempre riferirsi ad un perimento obbiettivo, o per meglio dire, all'obbiettività del perimento, senza preoccuparsi delle cause che lo produssero. La qual cosa non incontra punto difficoltà pratiche, perchè, se ragione della estinzione a causa di perimento è la sopravvenuta impossibilità di costruzione di un esercizio qualsiasi della servitù, evidentemente questa impossibilità si verifica tanto nell'ipotesi che il perimento si debba alla volontà dell'uomo, quanto nell'ipotesi che si debba al caso o alla forza maggiore. Evidentemente, se il perimento si deve alla volontà dell'uomo, esso implica un atto vero e proprio di contraddizione alla servitù; e magari un atto emulativo, nel quale cioè non si abbia punto riguardo all'interesse proprio o non tanto si abbia riguardo a questo, quanto soprattutto a creare degli imbarazzi o a sottrarre delle utilità o dei comodi al vicino, proprietario del fondo dominante. Questa figura rientra dunque sotto la teoria degli atti emulativi; ma intanto, qualunque sia l'effetto e il valore dell'atto emulativo, resta sempre fermo che il fondo serviente non esiste, e, non esistendo esso, è materialmente impossibile la prestazione del servigio che costituisce il contenuto della servitù. Se, come e quando del resto, considerandosi la demolizione del fondo serviente come un atto di emulazione, possa il proprietario del fondo dominante pretendere la ricostruzione del fondo serviente, è una circostanza la cui trattazione non cade qui in acconcio: certo è che la teoria generale delle servitù prediali nulla ha in contrario ad un *onus refectionis* in questo caso, qualora cioè l'*onus refectionis* sia una conseguenza del divieto degli atti emulativi, la cui apparente legalità si traduce in un danno proprio diretto a produrre soprattutto un danno altrui, con rapporto di mezzo a fine, ossia nello scopo fondamentale di cagionare un danno ad

Digitized by Google

altri, magari con danno proprio anche maggiore. Allorchè invece la volontà dell'uomo non entra nella produzione del perimento della cosa serviente, ma questo si deve al caso o alla forza maggiore, può concludersi che *res perit tam domino proprietatis quam domino servitutis.*

Di testi a questo riguardo non si adducono che il pr. del lib. 2, tit. 4, Istit. giust., dove si legge che *ususfructus est in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est,* nonchè i frammenti di POMPONIO e GIAVOLENO pur relativi all'usufrutto (LL. 23 e 24, Dig. 7, 4), allorchè l'*ager, cuius ususfructus noster est, flumine vel mari inundatus fuerit,* oppure il fiume ha occupato col suo alveo (e non soltanto temporaneamente inondato) l'orto sul quale era dapprima costituita la servitù. Nel diritto nostro abbiamo poi la chiara disposizione dello art. 662 Cod. civile. Questo perimento della cosa a cagion di forza maggiore o di caso, ch'è a carico del proprietario del fondo serviente per la parte che riguarda il dominio e a carico del proprietario del fondo dominante per la parte che riguarda la servitù, ci può dimostrare ancora una volta la natura e la specie dei rapporti che intercedono tra proprietà e servitù in ordine al fondo serviente. La servitù è sempre quel diritto frazionario della proprietà, che segue le vicende del dominio, perchè è un diritto della stessa natura, comechè di estensione minore. E il frazionamento che ha per contenuto una servitù prediale non è frazionamento fisico, ma frazionamento giuridico ed economico, ossia frazionamento fittizio, ch'è però sufficiente per autorizzare una serie di argomentazioni allo scopo di costruire una teoria intiera con sue regole teoriche e pratiche. La finzione viene dunque a questo: che mentre il frazionamento non è se non un fenomeno fisico, qui si prende in senso traslato e pur riconoscendo costantemente la unità e la indivisibilità del fondo serviente anche in rapporto alle sue varie utilità: perlochè la unità restando intatta, allorquando noi abbiamo esaurito il nostro còmpito di costruzione strutturale e fuori cioè oltre i limiti di un tale còmpito, noi rientriamo nell'applicazione delle regole attinenti alla natura unitaria della cosa serviente. Quando la cosa stessa perisce, noi sappiamo dunque come regolarci in ordine alle conseguenze di questo perimento. Senonchè un

Digitized by Google

ostacolo viene a questo punto da quanto fu detto nel paragrafo precedente in ordine al ristabilimento della servitù, qualora il fondo stesso perito prima torni a costituirsi anche per effetto del caso o di forza maggiore, innanzi che il decorso della prescrizione estintiva abbia dato l'ultimo tracollo agli effetti estintivi derivanti dal perimento totale della cosa serviente.

Come coordinare con il principio — *res perit tam domino proprietatis quam domino servitutis* — questa risoluzione, del resto inspirata a considerevoli principî di equità in ordine alla restaurazione della servitù per il ristabilimento del fondo serviente? Noi già accennammo ad una spiegazione nel senso che la prescrizione estingua la servitù e il perimento ne ostacoli soltanto l'esercizio: però di questa spiegazione, tratta come conseguenza dei richiamati frammenti di diritto romano, non si è data la necessaria giustificazione. E poniamo anche l'effetto del perimento esser tale, che, quando la cosa sia e rimanga distrutta da trent'anni indietro, non occorra ricercare se il proprietario del fondo dominante abbia o non abbia fatto nulla per richiamare a sè l'esercizio del diritto alla servitù, oppure se siasi cullato in una colpevole trascuranza: il perimento a causa di forza maggiore essendo una circostanza tale e di tanto sfavore, da non potersi contro di esso provare efficacemente la migliore buona volontà dell'uomo. Questa costruzione, derivata dalla regola che *res perit domino*, contiene sempre quelle imperfezioni che un argomento di analogia trascina seco, qualora non sia suffragato da argomenti diretti e qualora l'analogia non sia completa nè perfetta. Nella nostra ipotesi l'analogia tra il *dominus proprietatis* e il *dominus servitutis* regge tanto quanto, e può chiamarsi quasi un'analogia disperata; dappoichè il *dominium* vero e proprio è sulla cosa una volta sola, come *dominium optimum maximum;* gli altri diritti sulla cosa non costituiscono dominio vero e proprio, ma bensì alcunchè di meno del dominio, che al dominio si avvicina, ma dominio realmente non è. Ecco perchè la ragione tratta dall'analogia non è esatta nè quindi sufficiente a delinearci la natura del rapporto tra l'uomo e la cosa che perisce o ch'è perita. Le ragioni per cui la cosa, se perisce a carico del proprietario,

Digitized by Google

deve anche perire a carico dell'utente la servitù prediale sono semplicissime. Se il proprietario ha dovuto subire la disgrazia della perdita della cosa sua, come potrà, anche di fronte ad una pretesa influenza della *causa perpetua*, essere obbligato per giunta a rappresentare al proprietario del fondo dominante il valore della subita perdita: valore che non si potrebbe neppure calcolare con approssimazione, per mancanza di elementi di previsione? E ciò tanto più che il diritto frazionario in tanto è dato, in quanto esiste un diritto od una cosa frazionabile; altrimenti la sua indole reale (maggiormente accentuata in tema di servitù prediali) sarebbe del tutto illusoria. La realtà o realità e la realità frazionaria del diritto impediscono dunque che la servitù prediale possa aver degli strascichi, quando non ne ha più la proprietà del fondo serviente: altrimenti si verrebbe alla contraddizione del meno che resiste alla perdita del più e al più sopravvive. Questo fenomeno di sopravvivenza, anche all'infuori di ogni considerazione di equità, costituirebbe un'anomalia inesplicabile: per la qual cosa, a parte anche ogni considerazione diretta di equità, la struttura stessa e il carattere della servitù prediale formerebbero ostacolo insormontabile ad un trattamento diverso. Per le ragioni medesime, quando la proprietà piena risorge per forza maggiore, ossia perchè quella data superficie sia stata ricostituita dall'alluvione, o altrimenti, deve intendersi risorgere anche la servitù prediale per quella forza di ricostituzione della parte accanto alla ricostituzione del tutto, che noi ammiriamo in tutti i fenomeni della vita fisica e sociale. Ma che dire di un perimento parziale della cosa serviente? Nella l. 13 pr., Dig. 8, 3, GIAVOLENO dice chiaro che la servitù può acquistarsi ad un certo genere di campi (come alle vigne), perchè essa appartiene piuttosto al suolo che alla superficie (mentre la servitù di cui alla l. 3, § 5, Dig. 43, 17, ossia la *proiectio supra vicini solum*, riguarda la superficie e non il suolo); e che perciò, tolte le vigne, la servitù rimane, salva l'*exceptio doli mali* nel caso di stipulazione contraria per la costituzione della servitù. Dunque, a parte la diversità del caso, perchè nella nostra ipotesi non si tratta di mutazione o di una mutazione qualsiasi, ma di perimento,

Digitized by Google

il principio è che convien guardare a ciò, che dopo la mutazione o il perimento parziale della cosa serviente, l'esercizio della servitù resti tuttavia possibile oppur no. Trattandosi di servitù prediale e cioè d'ipotesi in cui la servitù ordinariamente è localizzata sopra un luogo od una parte della cosa serviente, la conclusione evidentemente sembra quella di ritenere conservata la servitù prediale, malgrado il perimento parziale della cosa serviente, allorchè questa si mantiene tuttora in condizioni da prestare il suo servigio ossia il servigio che costituisce il contenuto della servitù stessa.

Se io ho il diritto di passaggio convenzionale su fondo altrui per il mio fondo, perisca comunque il fondo serviente, purchè resti lo spazio, il terreno sul quale quel diritto di servitù si esercita, il passaggio resta immutato e sussiste sempre. Se si trattasse di passaggio legale, potrebbe ancora esaminarsi la necessità e la stessa convenienza di un tale diritto di fronte alle mutazioni accadute nella zona alla quale il fondo cosiddetto dominante e il fondo cosiddetto serviente appartengono: ma nel caso nostro, trattandosi di passaggio derivante da contratto, conviene stare al contratto stesso e curarne rigorosamente l'applicazione, finchè questa rimane praticamente possibile. Così dicasi della servitù di acquedotto: se il territorio per il quale l'acquedotto deve passare sussiste ancora in modo da render possibile l'esistenza e la manutenzione della conduttura, il diritto resiste anche al perimento del suolo rimanente o circostante. Non si deve più ricercare se convenga all'uno o all'altro o ad entrambi i contraenti di mantenere l'acquedotto, com'era prima, malgrado siffatti cambiamenti: vi è una convenzione e la convenzione forma legge tra le parti e deve rispettarsi finchè le parti non pongano in essere un contratto contrario o modificativo del contratto precedente. Ma la servitù non potrebbe certo sopravvivere, benchè convenzionale, se per la nuova conformazione del territorio l'esercizio di essa si rendesse incompatibile col diritto di proprietà o coll'esercizio del diritto di proprietà: come se, a mo' d'esempio, il territorio del fondo serviente rimanesse limitato a quella semplice striscia di terreno, per la quale dovrebbe esercitarsi l'acquedotto o il passaggio. Evidentemente, in tal caso il diritto di

Digitized by Google

proprietà sul fondo resterebbe di poco superiore alla proprietà nuda e non potrebbe conservare quella prevalenza sul diritto di servitù, che è la caratteristica dell'un diritto di fronte all'altro e che solo rende possibile la coesistenza di un diritto reale frazionario della proprietà accanto a un diritto della proprietà. Evidentemente però questa ipotesi è più teorica che pratica: sembrando cosa quasi impossibile che in fin dei conti tutto il fondo perisca, tranne soltanto quella parte che occorre per l'esercizio della servitù.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

CAUSE SPECIALI

Le cause speciali di estinzione delle servitù prediali presentano, si può ben dire, un interesse veramente tecnico nella trattazione della parte generale relativa alle servitù prediali; dappoichè attengono soprattutto alla finalità economica di questi diritti e alla estrinsecazione pratica di una tale finalità in posizioni speciali, che, per esempio, si hanno nelle servitù prediali, non potrebbero aversi nell'usufrutto. Ma nondimeno è l'uso quello che determina la permanenza o la cessazione della servitù prediale: uso che, giova ripeterlo, non è la stessa cosa di usufrutto, perchè non richiede appropriazione dei frutti ossia godimento del prodotto della forza organica della servitù, ma può anche consistere nel godimento di un'utilità del fondo senza toccarne la forza organica, anzi deve consistere appunto in questo per non confondersi coll'usufrutto.

Anche la servitù di estrarre minerale infatti rigorosamente non tocca la forza organica del suolo, perchè il minerale ne costituisce una semplice produzione inorganica, se pure produzione può chiamarsi uno smembramento materiale più o meno profondo, più o meno sotterraneo, di un dato terreno. Dall'uso all'utilità poi non è che un passo, perchè l'utilità è la conseguenza dell'uso e la causa dell'usare, ad un tempo; dimodochè senza utilità non può praticamente concepirsi uso. Vero è che noi, trattando di questo requisito dell'utilità, mettemmo in guardia contro l'abuso o la deviazione del concetto stesso; nè di questo dobbiamo pentirci ora, sol perchè l'esistenza o meno dell'utilità ci fa decidere pro o contro la perdita delle servitù prediali. Furono considera-

Digitized by Google

zioni tecniche quelle che ci spinsero a ripudiare i deviamenti e le esagerazioni del concetto di utilità ed anche l'assunzione dell'utilità come criterio di riparto nel caso di smembramento del fondo dominante: ma allora si era in discorso dell'essenza delle servitù prediali e trattavasi di costruirne il concetto nelle sue regole fondamentali. In materia di perdita, invece, del diritto di servitù il riflesso della utilità viene in campo in una forma prevalente, perchè la veduta economica come dà la causale al rapporto giuridico di servitù prediale, così ne determina l'estinzione. Infatti la costituzione di una servitù prediale deve rispondere ad una causa economica: altrimenti non si dovrebbe esitare a ritenerla senza causa.

Oggi particolarmente, che gli stessi immobili non sono destinati alla stazionarietà nè agricola, nè patrimoniale, è necessario avere un maggior riguardo alla destinazione del padre di famiglia; e. quante volte si presenta un rapporto giuridico di servitù prediale, indagare qual sia lo stato attuale e la condizione dei fondi in rapporto a quella che era allorchè la servitù stessa fu costituita. Le eventuali differenze debbono essere seguite tutte passo passo e giustificate e coordinate alla vita esteriore della servitù di cui trattasi. Questa destinazione però, che è contingibile e soggetta a variazioni imprevedibili e molteplici, evidentemente deve procedere di buon accordo col concetto immanente della causa perpetua, la quale non si smentisce mai per qualsivoglia cambiamento noi possiamo registrare nella destinazione: per lo quale accordo è più che sufficiente l'imprevedibilità di questi cambiamenti dovuti alla destinazione, anche se i cambiamenti stessi appariscano siffattamente radicali e decisivi, da impedire ad ogni modo che la servitù continui e da cagionarne la perdita. Ma basta che di queste mutazioni non si potesse fare, diremo così, il bilancio, al momento della costituzione della servitù, perchè la loro imprevedibilità confermi la causa perpetua che presiedette alla costituzione della servitù: che se esse mutazioni formarono parte integrante del contenuto iniziale della servitù, permodochè fin d'allora si fosse dovuta comprendere, p. es., l'esauribilità del fondo serviente o dell'utilità da esso presentata per la servitù, in tale ipotesi evi-

Digitized by Google

dentemente mancano nell'istituto come fu in origine costituito i requisiti della vera servitù e noi siamo tenuti a ricercare quale ne sia la vera indole, ma più di tutto non possiamo a meno di riconoscere l'estinzione come un fatto compiuto.

Ma se fosse sempre lecito al proprietario del fondo serviente di regolarne siffattamente la destinazione, da rendere possibile che a suo beneplacito la servitù si estingua, una delle parti potrebbe con troppa agevolezza danneggiare l'altra, e il rapporto reale sarebbe compromesso contro la sua natura e l'indole sua. Vi sono pertanto dei rimedi contro quella delle due parti (e nel caso nostro è agevole comprendere come l'interesse di andar contro alla costituzione e alla immanenza della servitù sia dalla parte del proprietario del fondo serviente), la quale arbitrariamente con fatti di destinazione tenta di sottrarre il fondo all'esercizio della servitù, rendendone impossibile o sommamente difficile questo esercizio stesso che dovrebbe essere agevole e formare come una seconda natura del fondo. Da questo lato pertanto il trattato delle cause di estinzione delle servitù ha molti punti comuni colla tutela giuridica delle servitù stesse, vale a dire colle azioni possessorie o petitorie che per quella tutela sono accordate dalle leggi: perchè evidentemente una estinzione arbitraria non ha e non può avere posto nella legge, la quale è data a tutela della regolarità dei rapporti giuridici e del loro giusto sviluppo senza lesione delle parti. Nè varrebbe l'osservare, a giustificazione e per l'efficacia di un cambiamento arbitrario, che nessun istituto giuridico essendo eterno convenga riconoscere la possibilità che una servitù prediale venga a cessare da un istante all'altro: perchè da questo all'ammettere l'arbitrio del proprietario del fondo serviente ci corre parecchio.

D'altra parte, non si può neppure consentire che un diritto reale vada a trasformarsi semplicemente in una mera obbligazione di risarcimento o di compenso; poichè evidentemente questa non può essere la fine dei diritti reali, i quali insistono fortemente sulle cose o fondi tra cui n'è costituito il rapporto o vincolo giuridico. Ciò posto, una delle parti non può neppure indirettamente concorrere a questa trasformazione del diritto reale in diritto di obbligazione, neppure se

Digitized by Google

tra l'uno e l'altro si venga a interporre la legge che con una sua disposizione sancisca un cambiamento di destinazione dovuto all'iniziativa umana; perciocchè ad ogni modo in tal caso la volontà e la condotta della parte, non la legge, sarebbe creatrice del rapporto giuridico e della trasformazione del rapporto giuridico. Ma s'intende che la volontà del proprietario del fondo serviente può esplicarsi nei limiti ristretti consentiti dalla legge e dalla natura dell'istituto, ed allora può essere causa del fenomeno della trasformazione o anche addirittura del perimento della servitù: la qual cosa accade di regola ogniqualvolta la causa del fenomeno stesso sia dovuta alla natura e dall'uomo sia soltanto involontariamente subita.

Anche l'art. 662 del Cod. civile, che fa cessare le servitù quando le cose si trovino in tale stato da non potersene più fare uso, è ben lungi dall'autorizzare il proprietario del fondo serviente a fare o non fare ciò ch'egli non deve fare o deve fare per rendere possibile l'esercizio della servitù: perchè allora i rimedi dalla legge accordati per la tutela giuridica delle servitù non sarebbero che illusori, quando appunto di essi si avvertirebbe maggiore il bisogno. Il proprietario del fondo serviente non può fare tutto ciò che gli piace per danneggiare il proprietario del fondo dominante e cagionargli una perdita od una trasformazione dannosa nell'esercizio della servitù: solo in taluni casi potendo tali fenomeni d'impossibilità dell'esercizio delle servitù prediali avvenire impunemente e lasciare traccia perenne di effetti giuridici. Sono queste le ipotesi di perimento che appunto vengono a cadere qui sotto la nostra osservazione e il nostro studio e che noi dobbiamo perfettamente coordinare con tutta quanta la struttura, la portata e le regole dell'istituto della servitù prediale, nelle sue varie manifestazioni secondo la legge.

Digitized by Google

CAPO I.

Trasformazione dei predii.

Bibliografia.

FADDA. — *Estinzione della servitù prediale per mutamento avvenuto nel fondo serviente* (*Filangieri*, 1898, pag. 24).

122. Punti di contatto coll'ipotesi del perimento della cosa serviente. — 123. Mutazioni dei fondi posti in rapporto di servitù prediale: differenze coll'usufrutto e principî di diritto romano. — 124. Analisi dell'art. 662 Cod. civ. — 125. Analisi dell'art. 663.

122. Il perimento della cosa serviente, totale o parziale che fosse, fu da noi considerato, come dovevasi, in senso assoluto e materiale, e non relativamente alla funzione del fondo stesso nell'esercizio della servitù. La trasformazione di un fondo, dominante o serviente, in modo da renderlo inadatto all'esercizio della servitù, può considerarsi anch'essa come una specie di perimento relativo del fondo stesso, per modo che quello debba intendersi come morto o finito per la servitù: ma questo modo di veder la cosa non è rigorosamente giuridico, perchè si diparte in sostanza dalla realtà obbiettiva per entrare in un giudizio della nostra mente a base di calcolo più o meno personale. La mèta delle argomentazioni, il metodo delle soluzioni potrà essere sempre unico, vale a dire la ricerca sulla possibilità dell'esistenza del diritto e dell'esercizio di esso; ma, come si vede anche a colpo d'occhio, il contenuto e la struttura delle due ipotesi non sono identici e non è possibile confonderle entrambe in un sol fascio indifferentemente. Si disse che la soluzione, per il caso di trasformazione dei predi in modo che restino inetti al diritto e all'esercizio del diritto di servitù, è una sola: l'estinzione della servitù come nel caso di perimento. Quando il fondo si trasforma, non perisce; conviene dunque anzitutto esaminare se la trasformazione sia dovuta a causa indipendente dalla volontà del proprietario del fondo trasformato, oppure se si debba alla volontà legittimamente estrinse-

Digitized by Google

cata dal proprietario del fondo stesso: e poi esaminare se una tale trasformazione rende il fondo incompatibile col diritto o coll'esercizio del diritto. Nel concorso di entrambe queste circostanze la risoluzione è tale e quale come nel caso di perimento; ma, se la trasformazione fu l'effetto di una condotta prepotente del proprietario di uno dei fondi, l'altro che vi abbia interesse può ricorrere alle vie legali per la ricostituzione in pristino dello stato delle cose; come nell'ipotesi di causa indipendente dalla volontà del proprietario del fondo in parola, ossia nell'ipotesi di forza maggiore, il danno della trasformazione deve essere sopportato, quale esso sia, dal proprietario del fondo dominante, salvo patto in contrario. Anche qui si deve applicare il principio fissato dall'art. 662, circa il ristabilimento della servitù, qualora l'esercizio ne ritorni possibile: e questo conformemente al diritto romano, secondo il quale la trasformazione o il perimento non opera estinzione assoluta, se non allorquando coll'avvenuto decorso del trentennio sia perduta ogni speranza di ristabilimento dello stato pristino di utilizzazione. La quale speranza tanto più è possibile nell'ipotesi di semplice trasformazione, che non in quella di perimento, sia totale che parziale; avvegnachè la trasformazione non tocchi la sostanza della cosa, ma soltanto l'attitudine economica della cosa stessa. Certamente vi è trasformazione e trasformazione. Io posso trasformare un mio fondo destinato a servizio di abitazione civile in uno stabilimento industriale: ed una tale trasformazione suppone tali opere e così fortemente modificative, che tornerà poi molto difficile di restituire l'edificio stesso alla primitiva destinazione di civile abitazione. Un podere, coltivato prima a prato, vigna o a frutteto, è, in seguito, destinato all'industria estrattiva, mediante distruzione della cotenna o dell'*humus*, estirpazione delle piante ed escavazione a profondità sempre crescente, per la ricerca del minerale e la sua estrazione coi mezzi migliori consigliati dalla scienza e dalla pratica. In questo caso, perchè l'edificio torni ad essere adattato a scopo di abitazione civile, conviene anzitutto disfare gli impianti del macchinario, e quindi farsi di nuovo a frazionare i vani e i piani, a costituire le cucine e i ripostigli, e forse anche riformare la scala: insomma di tutto l'edificio

Digitized by Google

non resta ormai più nulla di valido all'infuori delle fondamenta, del tetto e dei muri esterni. Quanto al podere, converrebbe riempire le gallerie sotterranee con terrapieni, aspettare che il terreno vecchio si assimili al nuovo, che si ricostituisca l'*humus* o la cotenna, rimetter le piante, aspettare il loro attecchimento e il loro sviluppo. In entrambi i casi si tratta di fare delle opere tali di sistemazione, che per il loro dispendio e per la loro portata equivalgono poco meno che ad un nuovo acquisto del fondo, qualora si paragonino colle spese perdute per la vecchia destinazione del fondo stesso: questo basti ad accentuare l'importanza della prima trasformazione e la sua paragonabilità, economicamente parlando, ad un perimento se non altro parziale della cosa serviente. Peraltro per quanto, economicamente parlando, una trasformazione sostanziale di un fondo possa paragonarsi al perimento del fondo stesso, dal punto di vista giuridico trasformazione è sempre tutt'altra cosa che perimento, totale o parziale, del fondo stesso. Ciò malgrado, il nostro Codice civile (art. 662) non aveva ragione di fare distinzione alcuna tra perimento e semplice trasformazione della cosa o del fondo, e considerava entrambi i casi come conglobati nell'ipotesi unica che le cose si trovassero in uno stato tale da non potersene fare uso, e, s'intende, quell'uso che per ogni caso può ritenersi consentaneo o compatibile coll'esistenza e coll'esercizio della servitù. Non aveva ragione di fare una distinzione siffatta, appunto perchè l'effetto, la conseguenza di queste due cause è identica ed immutabile rispetto all'esercizio della servitù. Se si fosse trattato dell'estinzione assoluta del diritto di servitù, da perimento a trasformazione avrebbe potuto delinearsi una distinzione bene spiccata, perchè il perimento della cosa sottoposta a diritto reale o dotata di un diritto reale su di altra cosa, se completo o per la parte di essa cosa gravata o favorita di servitù, potrebbe benissimo concepirsi come causa di estinzione, a maggior ragione di quanto si stabilisce in ordine alla perdita della cosa dovuta per effetto di un'obbligazione (articolo 1236 Codice civile). Nell'ipotesi della servitù prediale, evidentemente, non trattandosi di un vincolo personale, ma bensì di un vincolo reale, meglio si concepisce che la per-

Digitized by Google

dita o perimento di uno dei due fondi, o della parte di esso impegnata direttamente nel rapporto di servitù, possa produrre l'estinzione del diritto. Ma noi seguimmo il criterio tutto romano di considerare e il perimento e la trasformazione del fondo dominante o del fondo serviente non in rapporto al diritto in sè, considerato astrattamente, ma in rapporto all'esercizio del diritto e senza pregiudizio del diritto stesso in potenza. Il concetto romano veramente, come vedemmo nell'esame del responso di GIAVOLENO (L. 14 pr., Dig. 8, 6), sembra piuttosto limitato all'ipotesi di forza maggiore: si tratta di occupazione del suolo *impetu fluminis*, ossia, generalmente parlando, per cagione di forza maggiore, e di restituzione dello stesso territorio prima occupato, grazie ad una sopravvenuta alluvione, vale a dire sempre per cagione di forza maggiore. Nella mente del giureconsulto certamente dev'essersi sviluppata la considerazione che non si conveniva fare al titolare della servitù una posizione diversa da quella fatta al titolare della proprietà: e che quindi, come a costui la sopravvenuta alluvione giovava nel senso di ricostituire nel suo patrimonio la parte di proprietà perduta come conseguenza dell'*impetus fluminis*, lo stesso trattamento si conveniva usare al proprietario del fondo dominante, nel senso di rendere a lui egualmente possibile la reintegrazione dell'attività patrimoniale costituita dalla servitù, di cui pertanto nell'intervallo dall'impeto del fiume alla sopravvenuta alluvione si riteneva soltanto sospeso l'esercizio (1).

123. La peculiare importanza della trasformazione dei predii in rapporto alla estinzione della servitù prediale o alla sospensione dell'esercizio di essa (l'esercizio in tanto ha ragione di contrapporsi al diritto astratto, in quanto è suscettibile di sospensione anzichè di estinzione vera e propria) si desume dalle applicazioni alle *mutationes rei*, che possono coincidere con una trasformazione del *modus* di esercizio della servitù. Il FADDA trovò infatti il verso di avviare delle ricerche su questo terreno, senza neppure preoccuparsi della distinzione tra sospensione dell'esercizio della servitù e per-

(1) Del resto un tale concetto è esplicato chiaramente per l'usufrutto da POMPONIO, in l. 23, Dig. 7, 4.

Digitized by Google

dita del diritto di servitù; dappoichè egli trovavasi ad esaminare il diritto romano nella pratica e a quanto pare anche indipendentemente dall'intonazione strutturale degli art. 662 e 663 del nostro Codice civile. Partendo da una sentenza 2 agosto 1897, Scaramucci c. Comune di S. Maria a Monte, della Cassazione fiorentina (*Giur. ital.*, 1897, I, 1, pag. 1011 e seg.) e dalla relativa sentenza cassata 5 marzo 1896 di quella Corte d'appello (*Giur. ital.*, 1896, I, 2, pag. 309 e seg.), egli esamina se sia vero che, a termini del diritto comune vigente in Toscana prima dell'attuazione del Codice civile italiano, il cambiamento sostanziale nello stato del fondo sul quale si esercita la servitù producesse o no l'estinzione della servitù stessa; e a questo riguardo comincia col riferire l'opinione di EMILIO BIANCHI (sempre sul caso speciale) che siavi diversità tra il diritto romano e il moderno riguardo all'estinzione della servitù per mutamento della cosa gravata, ma che tuttavia anche secondo il diritto romano in tale ipotesi non si verifichi l'estinzione. Il BIANCHI, con una logica ineccepibile, ritiene che una *servitus navigandi* a scopo di passaggio, benchè costituita su di un lago, non venga meno per l'essiccamento del lago stesso, qualora un tale essiccamento renda possibile un passaggio a piedi o a cavallo, ossia con una semplice modificazione dell'esercizio; mentre essa *servitus navigandi* rimarrebbe estinta per impossibilità assoluta di esercizio, qualora fosse stata esclusivamente costituita a scopo di pesca. Ma il FADDA, constatando le divergenze degli scrittori in proposito, non sa decidersi a far rientrare col BONFANTE (*Istit.*, § 107, pag. 241) la trasformazione della cosa gravata nella categoria della *mancanza di oggetto* e di parificare al perimento della cosa gravata una trasformazione che impedisca l'esercizio del contenuto speciale della servitù, vale a dire una trasformazione sostanziale, senza distinguere tra servitù personali e servitù prediali; e d'altra parte non trascura di osservare come vi sia un'opinione che ammette l'estinzione per trasformazione solo relativamente alle servitù personali, richiedendo assolutamente il perimento per le servitù prediali. Dal D'AVEZAN (1) al-

(1) In *Thesaurus Meermann*, IV, p. 203 (*Servitutum liber*, pars VIII).

Digitized by Google

l'JHERING (1), egli nota, si accentuò la precarietà, o meglio, temporaneità dell'usufrutto, che *sui natura ad proprietatem suam, unde prodiit, semper tendit, properat et currit*, di fronte alla perpetuità della causa e della vita delle servitù prediali. Se il fondo dominante in servitù di stillicidio è stato distrutto, ma poi è rifabbricato della medesima specie e qualità, la ragione dell'utilità esige (così PAOLO in l. 20, § 2, Dig. 8, 2) che si ritenga questo nuovo essere lo stesso di quello di prima; perchè, in caso diverso, interpretando con maggior rigore, il nuovo edifizio non dovrebbe più considerarsi quello di prima, il quale, essendo stato demolito, l'usufrutto si estinguerebbe, *quamvis area pars est aedificii:* ed il FADDA, contrariamente all'opinione del BUCHKOLTZ, ritiene applicabile lo stesso criterio di decidere anche al perimento del fondo serviente. Ma che cosa accade per l'usufrutto? L'edificio nuovo sostituito all'antico non è però la stessa cosa dell'antico: si dovrebbe applicare la logica rigorosa con risultati contrapposti al punto di vista pratico che serve di guida alla soluzione adottata per le servitù prediali. Da questa diversità di conclusioni e di metodi il FADDA argomenta che dunque vi fosse una profonda differenza tra usufrutto e servitù prediali quanto al giudizio sull'identità della cosa gravata, o piuttosto sulla prestazione di un medesimo servizio nelle identiche condizioni di fatto. Certo è ad ogni modo che vi è anche la l. 31, Dig. 8, 2, in cui PAOLO decide che se l'erede, obbligato per testamento a non toglier la luce a un vicino e a prestargli la servitù *ne luminibus officiatur*, demolì l'edifizio, al legatario, nell'ipotesi che l'erede voglia rifabbricare l'edificio, debba concedersi non l'azione diretta (perchè di stretto diritto la servitù deve ritenersi estinta), ma l'azione utile perchè l'edifizio stesso non si elevi più di quanto era elevato prima; che GIAVOLENO nella l. 13, Dig. 8, 3, ritiene una servitù imposta al suolo rimanere altresì dopo estirpate le vigne a favore delle quali fu stabilita, salva la *doli mali exceptio* per tutelare un patto in contrario; che PAOLO nella l. 9, pr., Dig. 8, 5, dichiara qualmente, se il padrone del fondo serviente ha edificato, colui che ha l'*iter* e l'*actus* può eser-

(1) *Esprit du droit romain*, 5ª ed., § 33, pag. 229 e seg.

Digitized by Google

citare l'azione rivendicatoria della servitù perchè conserva questo suo diritto, mentre l'usufruttuario perde l'usufrutto e non può rivendicarlo.

Così GIAVOLENO nel cit. fr. 14, Dig. 8, 6, ammette la restituzione per alluvione della *via*, *iter* o *actus* occupati *impetu fluminis*, purchè non sia decorsa la prescrizione estintiva del diritto. Quindi una distinzione tra servitù personali e servitù reali, a questo riguardo, è inevitabile. Noi però non vorremmo dire che questa diversità di soluzione dipenda dalla diversità del giudizio o apprezzamento sulla prestazione di un medesimo servizio nelle identiche condizioni di fatto; poichè non sarebbe impossibile che una casa si rifabbricasse in condizioni tali da render possibile l'esercizio dell'usufrutto identico e quale si aveva per lo addietro, prima che la casa stessa fosse diruta dalla violenza del terremoto. Ad ogni modo, non è la difficoltà delle posizioni di fatto che può compromettere una risoluzione giuridica di massima; conviene addirittura esaminare se vi può essere e quale una tale risoluzione di massima può essere. Intanto è bene osservare come, anche trattandosi di servitù prediale, nelle ipotesi sopra configurate non si dia azione diretta, perchè si riconosce implicitamente che la soluzione favorevole al ristabilimento delle servitù è una semplice azione utile; e, poichè non di proprio e vero ristabilimento si tratta (infatti, come vedemmo, anche nella nostra ipotesi, la causa di estinzione vera e propria della servitù è la prescrizione), ma di non interrotta permanenza della servitù, è naturale che questa stessa utilità debba considerarsi come ravvivatrice e alimentatrice della servitù stessa, nel senso che le impedisca di finire malgrado la trasformazione della cosa serviente, la quale trasformazione noi possiamo anche figurarci come immediata o seguita in breve intervallo di tempo. È utile che la servitù, malgrado la trasformazione, non si consideri estinta o malgrado il perimento si consideri ravvivata; ed è utile, naturalmente, al proprietario del fondo dominante. Ma perchè l'utilità del proprietario del fondo dominante è qui tenuta in una speciale considerazione? Si disse a proposito della estinzione e della successiva restaurazione della cosa nello stato pristino, per causa di forza maggiore, che il proprie-

Digitized by Google

tario del fondo dominante non è giusto risenta dal fortuito quella stessa utilità, in corrispondenza, che risente il proprietario del fondo serviente.

Ma qui si può trattare anche di caso volontario: il proprietario del fondo serviente lo demolisce prima e poi lo ricostituisce, pur senza che risulti di una speciale finalità emulativa ch'egli abbia o possa avere avuto di mira, e senza per conseguenza che la restituzione in pristino della servitù possa essere interpretata come punizione alla sua mala fede. Ma quale spiegazione presentare allora di questa differenza sostanziale tra l'usufrutto e le servitù prediali riguardo agli effetti del perimento della trasformazione della cosa serviente? Se una spiegazione si può addurre, certamente questa consiste nella causa perpetua delle servitù prediali: causa perpetua al cui adempimento si creano anche delle azioni utili, nella intenzione di rendere omaggio alla realità del diritto ossia all'insistenza di esso sul fondo, considerato quasi in forma astratta o staccata dall'individualità sua. È uno sforzo di costruzione poco frequente nel diritto romano, questa astrazione dal tipo individuale; ma pure convien farlo per rispondere ai voti della legge. Il FADDA, invece di considerare quest'aspetto della questione, si ferma sulla differenza tra usufrutto e servitù prediale circa il giudizio sulla identità della cosa gravata: ma poscia ferma in modo speciale la propria attenzione sull'ipotesi fatta dalle fonti dell'invasione di acque fluviali sofferta da un fondo sottoposto a servitù prediale o personale, secondochè si tratti di semplice inondazione o di mutamento d'alveo. Nella l. 10, §§ 1, 8, Dig. 7, 4, ULPIANO si occupò largamente per l'usufrutto di varie ipotesi per le quali sembrava si dovesse venire al concetto della estinzione. Ridotto un edificio in semplice area, o demolita la prima casa e sostituitavene una nuova, l'usufrutto cessa del pari; non così se la casa sia stata rifatta parte a parte, benchè così tutta la casa sia stata ridotta a nuovo. Quando è stato inondato un campo o un luogo, sul quale era stato legato l'usufrutto, convertendosi quel campo o quel luogo in uno stagno od in una palude, indubbiamente l'usufrutto si estingue. Viceversa, se è stato dato in legato l'usufrutto dello stagno e questo si è disseccato diventando terreno sodo, l'usu-

Digitized by Google

frutto si estingue per mutamento della cosa. Se però si lega l'usufrutto di un campo aratorio e poi su quel campo siano state piantate delle vigne o viceversa, non si estingue l'usufrutto; ma se si è legato l'usufrutto di una selva e la selva sia stata abbattuta e siasi utilizzato il terreno a semenza, l'usufrutto va ad estinguersi. Se si dia in legato l'usufrutto di una pasta e di questa pasta si facciano vasi o viceversa l'usufrutto si estingue. L'usufrutto di un ornamento si estingue per dissoluzione o trasfigurazione dell'ornamento stesso. Ma se una nave è in parte rifatta, l'usufrutto su di essa non perisce; che se la nave è distrutta, quantunque sia poscia restaurata colle medesime tavole di prima, nondimeno l'usufrutto si estingue. Legato l'usufrutto di una quadriga, se muore uno dei cavalli, l'usufrutto stesso si estingue perchè non vi è più quadriga; che se è stato legato l'usufrutto dei cavalli singoli componenti la quadriga, perito taluno di quei cavalli, l'usufrutto rimane sugli altri.

Nella l. 24 *eod. tit.* GIAVOLENO ritiene che, se il fiume abbia semplicemente invaso un orto su cui era stabilito un usufrutto, questo s'intende restituito, qualora in seguito il fiume si ritiri; che se il fiume occupi l'orto per mutamento di alveo, in tal caso il giureconsulto opina per la perdita dell'usufrutto, *quum is locus alvei publicus esse coeperit neque in pristinum statum restitui possit.* La stessa soluzione data per l'usufrutto GIAVOLENO estende all'*iter* e all'*actus:* il suolo restando sempre egualmente in proprietà del proprietario primitivo, anche malgrado il cambiamento di crosta (*summa terra*), come nel caso che il campo primitivo sia ricoperto di sterco. Nella l. 14, Dig. 8, 6, lo stesso GIAVOLENO ammette la restituzione in pristino di una servitù prediale, allorchè il fiume ha invaso e prima del tempo necessario alla prescrizione estintiva ha restituito in pristino la località per la quale passava la *via*, l'*iter* o l'*actus;* senza più distinguere se il fiume abbia semplicemente inondato quel luogo o vi abbia addirittura trasferito il proprio alveo. L'*ager* e lo *stagnum*, osserva il FADDA esaminando la l. 10, Dig. 7, 4, sopra riferita sono due cose sostanzialmente diverse; così l'*aedes* e l'*area* su cui quella sorgeva, oppure l'*aedes* o la *navis* demolita e l'*aedes* o la *navis* rifabbricata (anche cogli

Digitized by Google

identici materiali), non però la vigna e il campo aratorio (*arvus*); perchè rimane sempre l'*ager*, mentre la selva convertita in terreno seminativo non è più selva. Dunque è la considerazione della destinazione e dello sfruttamento economico delle utilità rispettive del suolo e dell'edificio che fa ritenere la *vinea* e l'*arvus* ma non la *silva* specie dell'*ager;* per le differenze tra l'*ager* e lo *stagnum*, l'*aedes* e l'*area* non occorre dimostrazione, perchè il concetto n'è ovvio. Così l'*ususfructus agri* non si deve confondere collo *ius piscandi;* e però, come nota POMPONIO (L. 23, Dig. 7, 4), se un *ager* è inondato dal fiume o dal mare (nè si mette in dubbio che l'ubicazione territoriale primitiva rimanga dubbia per la sopravvenuta inondazione, nè si fa questione d'identità di servigio, nè si distingue tra semplice invasione del fiume e invasione con disalveamento e trasporto dell'alveo), come se ne perde la proprietà, così se ne perde l'usufrutto, che (salvi gli effetti della restaurazione nel caso di ritiro delle acque) non può intendersi trasformato nello *ius piscandi.* Ma la soluzione del giureconsulto POMPONIO ha una spiegazione assorbente nella perdita della proprietà, o, per dir meglio, nel perimento del fondo sul quale si esercitava prima la servitù: perdendosi la proprietà, evidentemente non possono a meno di perdersi i diritti reali tutti frazionari della proprietà stessa. POMPONIO non ci presenta dunque quei casi di trasformazione che così minutamente ci pone sotto gli occhi ULPIANO nella l. 10, Dig. 7, 4: veri casi di trasformazione essendo questi ultimi, come nella soluzione espressa per la trasformazione di coltura, così anche per tutte le altre ipotesi in cui la proprietà della cosa serviente non è estinta e non sono quindi neppure estinti i diritti reali frazionari della proprietà stessa (poichè in questo solo caso la soluzione non potrebbe essere diversa per l'usufrutto e per le servitù prediali), si può fare la questione se per le servitù prediali avvenga lo stesso che per l'usufrutto.

E lasciamo pure in disparte una *servitus navigandi* come surrogato della originaria *servitus viae*, o *itineris* o *actus;* come anche la questione se quella *servitus navigandi* sia sopraggiunta a queste tre antiche servitù tipiche per opera della pratica e se nell'esercizio della *servitus navigandi* si ravvisi, se non l'identità giuridica, l'identità empirica con

Digitized by Google

quelle tre servitù stesse in cui surrogazione si vorrebbe chiamare: se il FADDA voleva combattere l'argomento razionale del BIANCHI che la navigazione non costituisca nella nostra ipotesi fuorchè una modalità della *servitus ut perveniatur ad fundum vicinum* e che quindi l'allagamento del *locus serviens* non estinguesse il diritto di passaggio, ma solo ne trasformasse l'esercizio, non aveva quanto al diritto romano che da richiamare la decisione di GIAVOLENO in l. 24, Dig. 7, 4, per la mutazione dell'alveo e quindi per la conversione del *locus serviens* in *flumen publicum* o *alveum publicum*, e quella, più genericamente, ma sempre corrispondentemente motivata, di POMPONIO in l. 23 *eod.* È appunto questa motivazione che, applicata una volta, ristrettivamente al disalveamento, da GIAVOLENO anche alle servitù prediali, non potrebbe non intendersi assunta, implicitamente per quanto tacitamente, da POMPONIO stesso alla inondazione permanente che non ammette possibilità di ristabilimento perchè non ammette possibilità di ritiro delle acque. Lo spirito di questi due responsi si può benissimo armonizzare, appunto perchè POMPONIO distingue tra inondazione che si ritira impetuosamente e inondazione che resta. Tra l'inondazione che resta e quella che si ritira collo stesso impeto dell'invasione vi è quella che si ritira lentamente; ma di questa POMPONIO non si occupa, si occupa implicitamente GIAVOLENO, rimanendo essa incompatibile col disalveamento. Per noi, del resto, non è qui che deve trovarsi la chiave per la soluzione sulla estinzione o meno dell'usufrutto e delle servitù prediali, completamente parificate a questo effetto, ma nella teoria della perdita della proprietà: se non c'è avulsione, ma semplice sommergimento per inondazione, non si perde la proprietà del terreno inondato, tranne che su quel terreno siasi costituito il nuovo alveo del fiume o di una diramazione di esso, quando esso siasi aperto un nuovo varco per insufficienza di vaso del primitivo corso (1). Se l'acqua ha formato semplicemente uno stagno, e il vaso e l'acqua dello stagno restano

(1) L'ipotesi inversa, e cioè la questione se ad uno *ius navigandi* si possa sostituire uno *ius itineris*, *viae* od *actus* all'asciutto, sullo stesso *locus serviens* dal quale l'acqua siasi ritirata, trova un forte argomento di esclusione nella l. 23, § 1, Dig. 8, 3, che esige nel lago il carattere

Digitized by Google

di proprietà privata com'era prima la crosta asciutta del *locus serviens;* se vi si ha trasportato il mare o la riva del mare, il *locus serviens* è diventato *res nullius* e perciò non è più *locus serviens,* nè può formare oggetto della costituzione di una servitù *ex novo.*

Dunque la questione non si risolve con un testo speciale, ma in base a tutto quanto l'insieme delle disposizioni che regolano la materia della perdita della proprietà e della perdita della servitù, sia personale che prediale. È inutile venir fuori a discutere se *ager* e *stagnum* siano la stessa cosa, se vi sia identità per lo meno pratica o empirica tra il servigio prestato prima dalla crosta asciutta del *locus serviens* e quello che potrebbe essere prestato dalla superficie e dal bacino liquido del *locus* stesso in ordine al passaggio da parte a parte, da fondo a fondo: è inutile formulare una gratuita confutazione della costituzione di mezzo a mezzo in ordine allo scopo unico del passaggio, con o senza aggravamento dell'esercizio e del contenuto della servitù, sul riflesso che questa sostituzione potrebbe anche spingersi sino al punto di sostituire uno ad altro genere di servitù; è del pari inutile una disputa sulla continuità della *servitus viae* o della *via,* in relazione alla l. 38, Dig. 8, 3. Queste sono tutte questioni estranee, le quali altro non possono che intorbidare la retta soluzione della controversia sulla trasformazione dei predi come causa o meno di estinzione delle servitù prediali: l'argomentazione deve procedere chiara e netta per le servitù prediali, in forma pedissequa a quanto deve argomentarsi per la perdita o meno della proprietà sul fondo serviente. Il frammento citato di POMPONIO (L. 23, Dig. 7, 4) è ben chiaro e più chiaro di quello di GIAVOLENO (L. 24, Dig. 7, 4), nella motivazione e nel criterio fondamentale che vi presiede, e, come quello di GIAVOLENO, si applica per la stessa ragione anche alle servitù prediali; ma è imperfetto nella terminologia e, per conseguenza, equivoco nella soluzione. Per questo i compilatori credettero bene di far susseguire al frammento

di perpetuità; ma questo è un ostacolo generico per una costituzione della *servitus navigandi* in ogni caso, e non soltanto nel caso che trattisi di sostituire o surrogare un passaggio prima esistente sullo stesso luogo asciutto, prima della formazione del *lacus.*

Digitized by Google

di POMPONIO immediatamente quello di GIAVOLENO che serve a dargli luce. Ma noi ci domandiamo in ultima istanza: in che dunque le servitù prediali differiscono dall'usufrutto in ordine all'eventuale trasformazione del predio dominante o del predio serviente? Nel paragrafo precedente notammo i punti di contatto; qui confermiamo questi punti di contatto e ne vediamo la riprova nel congegno funzionale delle servitù prediali. Certo l'esistenza o la possibilità dell'esistenza d'un *ususfructus areae* distinto dall'*ususfructus aedium*, così per la trasformazione come pel perimento del fondo serviente, produce la differenza tra le due specie di servitù; ed altra differenza, come vedemmo, è costituita dal ristabilimento della servitù prediale stessa per alluvione dopo l'occupazione del fiume, ma prima che decorra il periodo della prescrizione estintiva, mentre un tale ristabilimento è escluso per l'usufrutto. Queste due sono le uniche differenze tra servitù personali e servitù prediali; nessun'altra vera differenza esiste nè potrebbe esistere: perciocchè il carattere generale di servitù deve pure affermarsi in entrambi i casi che corrispondono al diritto frazionario della proprietà che di regola debbono perdersi con la proprietà stessa e ad ogni modo non possono più raffigurarsi quando la proprietà è cessata. Questo è il caposaldo che regge perfettamente anche nel diritto moderno e segnatamente nel nostro Codice civile, secondo il quale le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più far uso (art. 662), e si ricostituiscono quando le cose sono ricostituite in modo che possa tornarsi a farne uso (art. 663 Codice civile).

124. L'art. 662 Cod. civ. dispone, senza distinguere espressamente tra caso e caso, che le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più fare uso: il distacco tra l'uso e il non-uso di una servitù costituendo la soglia della differenza pratica e della conseguente differenza teorica strutturale dall'una all'altra ipotesi. Sembra quindi che la cosa debba guardarsi del tutto obbiettivamente; ma l'espressione *che non se ne possa più far uso* può anche significare che la legge non dia i mezzi per ristabilirne l'uso interrotto o contrastato; ed anzi noi intendiamo che questo

Digitized by Google

sia il vero significato dell'espressione, perchè altrimenti, giusta quanto si è detto a chiarimento dell'intestazione del capitolo, i rimedi giuridici a tutela del diritto di servitù resterebbero qui del tutto senza efficacia. La constatazione dunque dell'impossibilità dell'uso della servitù dev'essere posteriore all'esperimento di tutti i rimedi che la legge accorda per il ristabilimento di un diritto di servitù prediale il cui esercizio sia stato più o meno bruscamente od arbitrariamente impedito: si comprende poi che il non potere esercitare, per ostacoli evidenti nella legge e nelle circostanze del caso, siffatte azioni equivale perfettamente all'averle esercitate invano perchè non abbiano esse potuto raggiungere il loro scopo, vale a dire lo scopo di restituire la servitù all'esercizio primiero. L'impossibilità dell'uso dunque non deve dipendere dalla volontà attuale dell'utente, ma dalla posizione nella quale egli si trova forzosamente per effetto di legge e per virtù di eventi che a lui non sia dato cambiare tenendosi nei confini della legalità; permodochè il non-uso qui non risulti effetto di trascuranza, ma di necessità, e di necessità obbiettiva in contraddizione colla servitù e coll'esercizio di essa. All'infuori di una volontaria trascuranza infatti non si saprebbe comprendere come volontariamente il proprietario di un dato fondo dominante si potesse mettere in condizione da non poter più fare uso della servitù stessa e così incappare nella perdita di essa per questo caso speciale: se così fosse, si cadrebbe nell'altra figura della rinuncia implicita, ch'è cosa ben diversa. Or l'uso della servitù dev'essere sempre inteso in rapporto all'esercizio della servitù stessa, e cioè secondochè si tratti di servitù continua o di servitù discontinua, di servitù apparente o di servitù non apparente; perciocchè evidentemente in ciascuno di questi casi o di queste categorie di casi si ha una fisionomia speciale. Nelle servitù continue di loro natura basta il non-uso di un solo istante storicamente calcolabile e rappresentabile, perchè possa dirsi interrotta giuridicamente la servitù; e basta quindi l'impossibilità dell'uso per questo istante, perchè possa avvisarsi alla cessazione della servitù; s'intende però salvi gli obblighi *refectionis* nelle circostanze in cui la refezione è per legge obbligatoria per rimettere la servitù nello stato primiero, ed

Digitized by Google

esclusa l'ipotesi che sia intervenuto dolo, frode o mala fede d'ogni specie per parte del proprietario del fondo serviente. Per le servitù discontinue questa impossibilità di fare uso della servitù non apparisce, se si ha riguardo ad un momento storico isolatamente e senza rapportarlo ai momenti storici che lo precedettero e lo susseguiranno nella formazione di un ciclo di attività nella servitù di cui si tratta, secondo la natura della servitù stessa e le circostanze speciali di una data servitù. Appunto tra le servitù discontinue e le continue, in rapporto all'espressione della legge, *che non se ne possa più far uso*, vi è differenza nel senso che si comportano diversamente, quanto al determinare in un modo o nell'altro il significato della particella *più*. Certo dir *più* non è lo stesso che dire *mai più*, perciocchè non si può profetizzare per l'avvenire e potrebbe darsi che un'impossibilità momentanea si convertisse in una grande facilità per un avvenire anche non lontano, specialmente se coll'azione della natura venga a concorrere l'opera dell'uomo. Dunque dire che le cose debbono trovarsi in tale stato, che della servitù non si possa più fare uso, inteso a dovere, significa che a un dato istante, nella posizione di fatto delle cose in rapporto coll'esercizio della servitù si deve avvertire tale un distacco col periodo di tempo precedente, che possa veramente dirsi come, *rebus sic stantibus*, in questo momento la servitù non può e per l'avvenire non potrà esercitarsi, neppure ponendo mano ai rimedi giuridici, i quali così entrano nel calcolo della possibilità dell'uso della servitù. *Mutatis rebus*, può anche ritornare la possibilità dell'uso della servitù: possibilità che a sua volta si tradurrà o non si tradurrà in atto. La legge si occupa solo di possibilità dell'uso e non di uso effettivo o reale; per la qual cosa, se la servitù non è prescritta, a un dato tempo la possibilità dell'uso può anche determinarne la riattivazione. Appunto: la legge non contempla questa impossibilità di uso come causa di estinzione della servitù, indipendentemente da altre circostanze ed in modo assoluto, ma semplicemente come causa di cessazione dell'esercizio della servitù stessa, pur restando fermo il diritto, come si spiegherà meglio nel paragrafo seguente. Quindi è che, se si è demolito il muro d'appoggio, in quel momento la servitù si

Digitized by Google

è messa in istato da non potersi esercitare; e basta una tale posizione di fatto perchè si avveri la cessazione della quale parla l'art. 662. Guardiamo invece la servitù di passaggio attraverso un podere. Essa è una servitù discontinua; ma se le cose si mettono in modo da impedirne l'esercizio facoltativamente per gli aventi diritto, permodochè essi non possano farne uso se non in certe ore od in certi giorni, in tal caso non può dirsi che della servitù stessa possa farsi quell'uso che se ne poteva far prima. La servitù verrebbe così a racchiudersi in un contenuto minore o in una modalità più esigua. E come si prescrive il *modus* d'una servitù, così (ed anzi *a fortiori*) se ne può incorrere l'impossibiltà dell'uso quanto ad un determinato *modus* e la cessazione relativa a quel *modus* stesso. Non si dirà peraltro che cessi in questa guisa tutta quanta la servitù, quantunque la discontinuità od una data discontinuità dell'uso non possa più regolarsi completamente sulla facoltà dell'utente, ma debba essere contenuta nei confini del nuovo stato di cose: se io dovrò attendere certe ore del giorno e non potrò nè anticipare nè posticipare il mio esercizio della servitù, non per questo potrà dirsi che l'esercizio della servitù stessa sarà cessato o dovrà ritenersi cessato. Ma diasi per esempio il caso che di un acquedotto io non possa fare esercizio se non di giorno o di notte, esclusivamente: in questo caso, se si sta alla terminologia romana, la servitù cambia specie; ma, prescindendo da ogni convenzionalismo, sembra a noi che sia necessario piuttosto di aver mente alla causale di quel determinato rapporto prediale, in considerazione dei bisogni del fondo dominante. Se il bisogno del fondo dominante è soddisfatto anche colle restrizioni d'uso o d'esercizio apportate dalle nuove condizioni di fatto, in tale ipotesi deve riconoscersi che l'uso della servitù è ancora possibile; che se queste restrizioni contrastano alla finalità economica e patrimoniale della servitù così come fu originariamente costituita, in tal caso deve dirsi che della servitù non si può più fare uso, ed allora trova applicazione l'art. 662. L'apparenza della servitù è poi un criterio che non presenta alcuna importanza di fronte all'uso della servitù, e di fronte al quale il fatto della impossibilità di uso non assume un carattere speciale: tutto si riduce alla differenza tra con-

Digitized by Google

tinuità e discontinuità della servitù stessa. E la posizione è ad ogni modo salvata ammettendo una cessazione del *modus* accanto ad una cessazione del contenuto della servitù tutto intiero, cioè a dire la cessazione parziale accanto alla cessazione completa. Il peggioramento del contenuto, anche senza lesione della discontinuità facoltativa, produce non la cessazione completa della servitù, ma la cessazione della servitù nel contenuto precedente e la sua persistenza nel contenuto minore: salva la possibilità della ricostituzione col contenuto anteriore, al cambiare delle circostanze. Solo quando della servitù discontinua rimane impedito ogni e qualsiasi uso, solo allora si deve per necessità di cose concludere ad una cessazione completa non del diritto ma dell'esercizio della servitù.

Che tanta differenza praticamente corra tra servitù continue e servitù discontinue, in ordine alla cessazione dell'esercizio delle medesime, non è per vero da meravigliare; poichè, avuto riguardo alla natura e al comportamento delle servitù continue, può agevolmente spiegarsi come possa bastare un solo istante d'impossibilità dell'uso per condannare alla cessazione, *rebus sic stantibus*, la servitù per importante che sia. La servitù continua, se per un solo momento interrompe il proprio esercizio, cessa naturalmente di essere continua; e siccome, per sua indole, non può trasformarsi in discontinua, così evidentemente deve cessare. S'intende peraltro che questa interruzione o cessazione di esercizio produce la cessazione della servitù, allorchè è tale, come dicemmo, da non ammettere la ricostituzione coi mezzi di legge; poichè altrimenti sarebbe rilasciato all'arbitrio e alla mala fede del proprietario del fondo serviente il mezzo legale di sfuggire all'uso della servitù da parte del proprietario del fondo dominante. Nè è da pensarsi che l'azione speciale data a tutela della servitù possa essere logicamente sostituita in tal caso da un'azione diretta a rimettere le cose in pristino, in guisa da render possibile l'uso della servitù di cui si tratta. Questa trasformazione di procedura sarebbe troppo infelicemente ma assai fedelmente rivelatrice della posizione che verrebbe a crearsi se si menasse buona la dolosa condotta del proprietario del fondo serviente e la sua ingerenza in un fatto che dovrebbe essere provocato sempre da cause indi-

Digitized by Google

pendenti dalla sua volontà. Ma si potrebbe obbiettare che l'ammessa e presupposta possibilità d'una ricostituzione della servitù dopo un periodo di non-uso più o meno lungo, ma che non raggiunga il tempo necessario a prescrivere, rende superfluo che il non-uso si determini sol quando i mezzi di legge a tutela della servitù stessa si sono rivelati o inadatti o praticamente insufficienti; perchè appunto sembrerebbe che dopo questa cessazione per non-uso vi fosse tempo per far ristabilire le cose in pristino ed agire.

Noi non vogliamo contrastare che anche dopo un certo periodo di non-uso, allorchè la prescrizione estintiva non ha ancora esplicato i suoi effetti deleteri, si possano adottare tutti i mezzi dalla legge consentiti per restaurare l'esercizio precedente. Ma quel che non ci va è che possa dirsi impossibile l'uso di una servitù, quando prima non siasi procurato di renderlo possibile coi mezzi che la legge ammette; quasichè l'impossibilità di diritto non sia tanto interessante e giuridicamente operativa quanto l'impossibilità di fatto. Noi comprendiamo che il giudice della cessazione della servitù non sia ad un tempo per forza di argomentazione propria e di sua iniziativa, senza lo stimolo della parte, il giudice dell'azionabilità o meno dell'uso o dell'esercizio, la cui negazione è della cessazione stessa causa e argomento, secondo il contenuto ben chiaro dell'art. 662 Cod. civile.

125. Quanto all'art. 663, esso completa il precedente, dimostrando qual sia la portata della cessazione della servitù: portata la quale non può agevolmente determinarsi senza confrontarla coll'eventualità d'una ricostituzione. Il non-uso di una servitù non è argomento sicuro di estinzione, e anzi non suona estinzione del diritto di servitù stessa: per quanto è vero che, nel linguaggio del legislatore, estinzione non è lo stesso che cessazione e perdita. Se l'art. 662 Cod. civile non si riferisse alle cause di cessazione indipendenti dalla volontà dell'uomo, considerato in rapporto a questo art. 663, esso si dimostrerebbe quasi del tutto inutile; perchè in sostanza esso non sarebbe apportatore di una situazione giuridica, ma dimostrerebbe semplicemente una posizione di fatto che darebbe luogo a rimedi o mezzi giuridici, il cui valore e la cui am-

Digitized by Google

missione o meno influirebbe poi in definitiva sul ristabilimento dell'esercizio della servitù. Se invece questo ristabilimento non si attende da tali mezzi giuridici, ma si ripromette soltanto dal ristabilimento delle cose in modo da renderne possibile ancora l'uso, ciò significa che dunque nella incorsa impossibilità dell'uso cogli effetti di cui nell'art. 662 non è intervenuta, principalmente almeno, l'opera umana, ossia il fatto del proprietario del fondo serviente. Non si deve ritenere che il legislatore abbia inteso dire che, se il proprietario del fondo serviente turba l'esercizio della servitù, la servitù torna a esercitarsi quando esso proprietario del fondo serviente sia messo a posto coi mezzi di legge: perchè una tale dichiarazione sarebbe veramente puerile, non avendo altro scopo, specialmente i rimedi possessori, se non di rimettere le cose in pristino, relativamente all'esercizio della servitù. Or dunque questo articolo ha soprattutto, e anzi (possiamo dire) del tutto riguardo alla cessazione indipendente dalla volontà del proprietario del fondo dominante o del proprietario del fondo serviente; ma non richiede in modo assoluto che il ristabilimento delle cose in modo da potersene nuovamente fare uso per la servitù sia anch'esso opera del caso o di circostanze estranee del tutto alla volontà dei proprietari dei fondi posti in rapporto di servitù tra loro. Tanto è ciò vero, che lo stesso articolo, infine, porta come, ricostruendosi un muro od una casa, si conservano le preesistenti servitù, ossia le servitù anteriori alla caduta fortuita del muro; purchè, s'intende, una tale ricostruzione abbia luogo prima che sia maturata la prescrizione estintiva della servitù.

Il dubbio in questa ipotesi della ricostruzione, ch'è la più netta e caratteristica di tutte, avrebbe potuto sorgere circa il punto se si trattasse di ristabilimento della servitù primitiva o di costituzione d'una servitù nuova, di contenuto identico alla primitiva estinta: e questo dubbio si sarebbe potuto, dal punto di vista razionale, risolvere anche nel senso della costituzione d'una nuova servitù. Ma una tale costruzione avrebbe dato luogo, ci si passi l'espressione, ad uno sciupìo poco giustificato di istituti giuridici: e, poichè tra il vecchio ordine di cose e il suo ristabilimento l'opera dell'uomo non era venuta per distruggere, ma al più e soltanto

Digitized by Google

per ricostruire, si pensò di ricolmare l'interruzione con una specie di finzione giuridica di persistenza e di supporre che la lacuna non si fosse in modo alcuno prodotta. L'ingegnosa soluzione non poteva non sembrare utile; e, avvisando alla forza teorica della causa perpetua nelle servitù prediali, si volle quasi che essa oltrepassasse le conseguenze del fortuito e spingesse oltre la sua azione, nel senso di tendere al ristabilimento dello *statu quo ante* senza squilibri sensibili e secondando sempre l'opera reintegratrice della natura o dell'uomo, per farvi corrispondere l'opera reintegratrice del diritto. È libero il proprietario del fondo serviente di non ricostruire la casa che rimase eguagliata al suolo per la forza del terremoto: ma, una volta ricostruitala, egli non può evitare che sulla nuova casa si conservino le servitù prima esistenti. Se egli vuole evitare la servitù preesistente, non ha che da spostare il muro o la casa dalla posizione precedente, in modo che la nuova costruzione o il ristabilimento della vecchia costruzione non renda possibile il ristabilimento dell'uso della servitù primitiva: basta che il muro o la casa siano fabbricati un poco più in là della posizione primitiva, perchè ciò avvenga. D'altra parte, il proprietario dell'edificio diruto, non ricostruendolo nelle precise condizioni di luogo come prima, non fa se non avvalersi di un suo preciso diritto e non può essere impedito dal proprietario del fondo dominante: talchè allora, quando sarà completo il periodo necessario alla prescrizione estintiva, potrà veramente dirsi che la servitù non è più. Vero è che potrebbe sembrare scabroso come, rifacendo a sue spese una casa o un muro crollato per forza di terremoto, il proprietario del fondo serviente debba fare i comodi del proprietario del fondo dominante, procurandogli la ricostituzione della servitù senza alcun suo concorso nella spesa *refectionis*.

E per vero questa è una lacuna della nostra legge, la quale avrebbe benissimo potuto tener conto della opportunità di un equo concorso del proprietario del fondo dominante, allorchè il perimento della cosa serviente non abbia avuto origine dal fatto del suo proprietario; perchè altro è la ricostituzione per alluvione di uno spazio o tratto di terreno perduto per inondazione (questa, come vedemmo, è l'ipotesi dei

Digitized by Google

giureconsulti romani), ed altro è la ricostruzione di un muro o di una casa crollata. Ma la questione si allarga, estendendosi anche all'*onus refectionis* di un muro crollante e non ancora caduto. Noi sappiamo che il proprietario di un fondo vincolato in servitù d'appoggio verso altro fondo ha l'*onus refectionis* verso il proprietario del fondo dominante, a cui favore deve mettere il muro in condizioni da sopportare l'appoggio; e questo anche nell'ipotesi che il muro stesso non sia caduto ma sia pericolante per causa di forza maggiore: perchè quantunque la *res pereat domino tam proprietatis quam servitutis* per semplice ragione di contenuto, tuttavia la ricostituzione della cosa, la *refectio* completa, spesso non costa molto più del semplice risarcimento di un muro cadente, e ad ogni modo tra l'un caso e l'altro si mantiene sempre una differenza sufficiente a render ragione della diversità delle ipotesi. Infatti, il proprietario del fondo serviente ha l'obbligo di risarcire la parete pericolante e di metterla in condizione di sopportare l'*onus*, anche quando il pericolo deriva da forza maggiore; ma, se la parete è caduta per forza maggiore, il proprietario del fondo dominante non può obbligare il proprietario del fondo serviente alla rifazione completa. Dunque una certa differenza tra pericolo di caduta e caduta effettiva, tra perimento parziale e perimento totale del muro si avverte; e questa differenza, più che da una vera e importante ragione economica (sovente può costare di più un risarcimento di un muro crollante che una ricostruzione di un muro caduto), deriva da una essenziale e rilevante ragione giuridica. Non può certamente il proprietario del muro serviente essere obbligato ad una completa *refectio ex novo*, allorchè un tremuoto lo ha eguagliato al suolo, unicamente per mettersi in grado di sopportare l'onere della servitù; dal momento ch'egli si rassegna a starsene senza muro e forse con tutta la casa inutilizzata. Ma dal momento che i suoi interessi lo consigliano a ricostruire la casa, può egli sottrarsi al vincolo della servitù *oneris ferendi*, a favore del proprietario del fondo vicino? No: e per due ragioni. Anzitutto per ragione di presunzione che colui il quale riedifica la casa, certamente lo faccia non per il solo riflesso nè soprattutto per il riflesso di averla libera da servitù, ma perchè trova la sua convenienza patrimoniale,

Digitized by Google

forse nell'utilizzare le stesse fondamenta, se sono ancora utilizzabili, nel trar partito dai ruderi, od anche nel conservare la destinazione o la coltivazione dello spazio adiacente, che altrimenti dovrebbe, in tutto o in parte, occupare. Ciò posto, che il proprietario del fondo dominante, anzi che il fondo dominante stesso sia ristabilito nell'esercizio della sua servitù non è se non la conseguenza della natura del diritto reale: e questa è la seconda ragione perchè la servitù *oneris ferendi* si ricostituisce senza necessità di un nuovo atto di costituzione e per effetto della natura delle cose.

La realtà del rapporto, forse anche perchè *quod in solo inaedificatum est solo cedit*, resiste alle vicende naturali e ai casi di forza maggiore: se la casa è riedificata, questa sostituisce la prima nell'essere accessorio del suolo, che in certo modo è il tramite e la piattaforma delle servitù edilizie, perchè senza di esso case non potrebbero sussistere. L'enunciativa di questo rapporto d'accessione ha un po' del paradosso, ma pur tuttavia noi sentiamo che i rapporti tra edifizi non sono che una delle tante faccie della sistemazione territoriale, considerata come unità svolgentesi a base di modificazioni della crosta terrestre, la quale non si distrugge mai e così giustifica e fornisce un sostrato sufficiente per quella perpetuità di causa, sulla quale si fonda la costruzione scientifica delle servitù prediali, distinte dagli altri rapporti reali di genere diverso. E quì fa capolino anche il concetto che la sistemazione territoriale e le servitù che ne formano il contenuto è fatta non nel solo interesse privato, ma e nell'interesse pubblico del maggior decoro, della maggior sicurezza della città, e allo scopo di contrariare per quanto è possibile l'isolamento delle abitazioni. Questo concetto non si sviluppa sino al punto di creare delle servitù legali vere e proprie, ma pur facilita la costituzione delle servitù convenzionali, nel modo che è ritenuto più conducente, dalle parti stesse, ai loro interessi ed alle loro private comodità: talchè la ricostituzione delle servitù nel caso da noi delineato, se pure non è perfettamente consona ai principî generali del diritto, tuttavia non ripugna ai principî di equità e ad una più liberale e illuminata concezione dei rapporti giuridici di cui si tratta.

Digitized by Google

CAPO II.

Dichiarazione di volontà.

126. Carattere giuridico della rinunzia. — 127. Regole della rinunzia. — 128. Rinunzia espressa. — 129. Rinunzia tacita. — 130. Effetti e interpretazione della rinunzia.

126. Esaminando il carattere e gli effetti della rinunzia alla servitù, si disse (1) che la rinunzia alla servitù è una specie di alienazione di una parte della proprietà. Ma questa rassomiglianza non ci sembra esatta, perchè la servitù attiva non costituisce parte della proprietà del fondo al quale è dovuta, bensì più propriamente parte della proprietà del fondo serviente. E siccome la servitù non può costituire ad un tempo parte della proprietà del fondo dominante e parte della proprietà del fondo serviente, così evidentemente conviene ritenere che essa costituisce parte della proprietà del fondo serviente e non parte della proprietà del fondo dominante. Vi è già stata alienazione di parte della proprietà sul fondo dominante quando la servitù si costituì, ed ora non si tratta d'altro fuorchè di ricostituire la proprietà piena sul fondo dominante, incorporando alla proprietà il diritto frazionario di servitù che prima n'era distaccato, ossia consolidando la servitù nella proprietà. Quantunque meno che per l'usufrutto, anche per le servitù prediali si ravvisa questa tendenza al consolidamento colla proprietà, dal lato strutturale, almeno per quanto è compatibile colla causa perpetua delle servitù medesime. Ma del resto anche la proprietà prediale ha una causa perpetua, da potersi paragonare, malgrado le diversità di contenuto giuridico, alla causa perpetua delle servitù prediali che se ne distaccano o se ne distaccarono: quindi questa della causa perpetua non è una difficoltà che possa impressionare nel limitare il consolidamento tendenziale colla proprietà, anche per le servitù prediali. Il con-

(1) Pacifici-Mazzoni, *Codice civile italiano commentato*, vol. III (*Servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*), 3ª ed., § 253 pr.

Digitized by Google

cetto della rinunzia come alienazione di parte della proprietà è del resto, come si vede, in aperta contraddizione col concetto dell'interpretazione ristrettiva e quasi timida della servitù come elemento di limitazione della proprietà. Se la servitù è da considerarsi come una limitazione della proprietà del fondo serviente, la rinunzia alla servitù è rinunzia alla limitazione della proprietà considerata come mezzo ristrettivo, è restituzione di una particella staccata dalla pienezza della proprietà del fondo serviente. Quando noi constatiamo la cessazione della servitù, celebriamo sempre la festa della proprietà, ma relativamente al fondo serviente; la proprietà del fondo dominante, dopo la rinunzia o dopo il verificarsi di un qualsivoglia capo di estinzione della servitù prediale, resta sempre egualmente piena, quantunque non sia aumentata per la sovrapposizione della servitù prediale sul fondo vicino. Quando la servitù prediale è rinunziata, tutt'al più si ha una retrocessione della relativa facoltà o potestà a favore del proprietario del fondo serviente, e non già un'alienazione parziale della proprietà del fondo dominante: questa retrocessione non è che lo strumento semplice della consolidazione e quasi la causa della consolidazione stessa; e al momento in cui questo fatto avviene si ha la cessazione d'uno stato eccezionale e il ristabilimento dello stato normale pel fondo sino allora serviente. Evidentemente, quando si parla di rinunzia alla servitù prediale, non s'intende già parlare di cessazione della servitù stessa per non-uso, ch'è una cosa ben diversa, perchè ci presenta delle regole tutte sue particolari, le quali possono agevolmente distinguersi da quelle che disciplinano la rinunzia.

Certamente, quando si vuol disfarsi di una servitù attiva, il primo pensiero è di non usarne e di lasciarla così cadere per effetto di prescrizione estintiva: ma possono aversi dei casi (e specialmente quando vi è un corrispettivo pecuniario od anche un corrispettivo morale che non si vuole far figurare), nei quali il proprietario del fondo serviente ha ragione di fare assegnamento sopra una cessazione immediata della servitù e non intende aspettare che passi il tempo necessario a prescrivere. In tal caso si procura una dichiarazione di rinunzia da parte del proprietario del fondo dominante; e

Digitized by Google

questa dichiarazione naturalmente produce l'estinzione del diritto di servitù, grazie ad un fatto personale che ha la virtù di annullare un rapporto reale senza strascichi, senza conseguenze, così blandamente come se si trattasse appunto della remissione d'un debito. Grazie alla rinunzia, si chiude il ciclo delle controversie passate e si evita ogni futura controversia: la posizione resta nettamente determinata. Pur si domanda se alla dichiarazione di rinunzia debba tener dietro l'effettivo abbandono, al modo stesso che all'*animus* sovente deve corrispondere il *corpus*.

Per rispondere a dovere conviene che noi consideriamo come questo nostro ragionamento non corre, diremo così sulle rotaie del possessorio, perchè noi ci troviamo propriamente in materia di petitorio. Anzitutto è inverosimile che, dopo una regolare rinunzia, la parte interessata a valersi della rinunzia stessa tolleri anche soltanto per poco tempo che il rinunziante prosegua nel godimento o nello sfruttamento della servitù; poichè, se si fosse convenuto che il rinunziante proseguisse nel godimento del fondo, o si sarebbe ritardata la rinunzia fino al momento opportuno, o si sarebbe emessa una rinunzia a termine. Ma se la rinunzia si volle non a termine, bensì con effetto immediato, ciò significa che si reputò conveniente di dare in mano senz'altro a colui che della rinunzia stessa dovrebbe avvantaggiarsi i mezzi coercitivi per trarre da quella tutti gli effetti possibili e i migliori effetti, gli effetti dotati della pienezza maggiore. Il non far susseguire alla dichiarazione di rinunzia il fatto dell'abbandono è un comportamento arbitrario, una condotta illecita di colui che emise la rinunzia, forse fin d'allora col proposito di non uniformarvisi: e quindi le più volte è anche un vero e proprio fatto doloso, per quanto negativo. Quello che si deve constatare e fissar bene è questo: che al proprietario del fondo serviente non può danneggiare questa irregolare e illegale condotta del proprietario del fondo dominante, purchè egli da sua parte non abbia colla propria acquiescenza posto nel nulla gli effetti tutti della rinunzia. In questa ipotesi certamente dovrebbe la rinunzia intendersi come non fatta: *plus valere quod est in re quam quod est in verbis*. Nè la tolleranza presenta nella nostra ipotesi degli effetti veramente estintivi,

Digitized by Google

combinata col decorso del tempo, permodochè debbano ritenersi come estinti per prescrizione gli effetti della rinunzia medesima; ma deve dirsi con maggiore esattezza che rinunzia non vi fu mai, perchè mai se ne videro gli effetti.

Quindi quella dichiarazione di rinunzia è precisamente come non fosse stata mai emessa, e la servitù, anche retroattivamente alla riconosciuta inesistenza e inefficacia della rinunzia, ha sempre proseguito (salve altre circostanze dalla rinunzia stessa indipendenti) nella medesima misura e colla medesima portata di prima. Non è una servitù nuova o riprodotta, ma è sempre la medesima servitù antica con tutti i suoi strascichi e con tutte le sue faccie di una volta. Per venire ad una tale conclusione è sufficiente che dopo la rinunzia siasi fatto un solo atto di servitù, da parte del proprietario del fondo dominante e senza opposizione del proprietario del fondo serviente. Si badi bene peraltro di non confondere tra atto d'esercizio della servitù e atto di liquidazione (diremo così) della servitù stessa. Dopo la rinunzia della servitù, il proprietario del fondo dominante può bene avere e giustificare come diritto il proprio interesse legittimo di recarsi una o più volte sul fondo serviente per ritirare i manufatti o gli strumenti che servivano all'esercizio della servitù: poichè anzi questi atti sono altrettante conferme e mezzi di attuazione della rinunzia alla servitù stessa. Noi riteniamo inoltre che un uso precario del contenuto della servitù, dopo emessane la rinunzia, non pregiudichi punto agli effetti della rinunzia stessa; purchè, s'intende, risulti in modo certo che quegli atti d'uso sono dovuti ad una concessione precaria posteriore alla rinunzia di cui si tratta.

127. Anche la rinunzia vuol avere le sue regole. Chi può rinunziare? La rinunzia porta ad una diminuzione del patrimonio del rinunziante; quindi può rinunziare chiunque può alienare o chiunque in genere può diminuire il proprio patrimonio a mezzo di una dichiarazione di volontà, chiunque può cedere qualche cosa di quanto possiede. Questo per la capacità generica ad emettere la dichiarazione di volontà; ma oltre alla capacità generica nella nostra ipotesi si richiede una capacità specifica, vale a dire un determinato rapporto

Digitized by Google

tra il rinunziante e il fondo che domina nella figura di una determinata servitù. Per dirla in breve, non può rinunziare alla servitù se non colui ch'è proprietario del fondo dominante all'epoca in cui la rinunzia è emessa: la rinunzia è proprio un atto di proprietà; perchè, quantunque la servitù prediale non formi parte del contenuto della proprietà sul fondo dominante, tuttavia non si scompagna da una tale proprietà, alla quale serve di complemento strutturale organico ed economico.

L'usufruttuario del fondo dominante, quantunque possa materialmente e col fatto rinunziare all'esercizio della servitù od attenuare l'esercizio stesso o comprometterlo per non-uso qualora il proprietario non invigili a questo riguardo la sua condotta, non può rinunziare alla servitù prediale appunto perchè non può disporre della proprietà del fondo e delle proprietà complementari che l'accompagnano e la integrano. Che se egli rinunziasse e il proprietario ne ratificasse la rinunzia, in tal caso vera rinunzia sarebbe sempre quella del proprietario, comunque manifestata, e non già quella dell'usufruttuario; la prima e non la seconda produrrebbe effetti giuridici. L'usufruttuario ha la sua sfera d'azione sul fondo, limitata al possesso del fondo stesso, e non può varcare la soglia della proprietà per invadere le facoltà e i poteri alla medesima inerenti, dei quali egli appunto deve semplicemente risentire l'influenza in modo passivo e per quanto il proprietario senza danno dei suoi diritti può disporre. Quindi è d'altra parte che, se l'usufrutto è stato costituito sopra un fondo fornito anche di una servitù prediale sopra altro fondo, il proprietario non può rinunziare alla servitù prediale in danno dell'usufruttuario e senza il costui consenso; perciocchè l'usufruttuario ha sul fondo un vero e proprio diritto reale frazionario del diritto massimo della proprietà ma degno di non minor tutela, nella sua portata o sfera più ristretta di fronte a quello. Nè la cosa è indifferente per il proprietario del fondo serviente: poichè egli deve sapere e sa senza dubbio (siccome evidentemente i suoi occhi debbono essere rivolti all'esercizio della servitù) che non è il proprietario del fondo dominante colui che esercita la servitù e che vi è un usufruttuario il quale lo sostituisce in tuttociò che riguarda la parte possessoria, e

Digitized by Google

per conto del proprio diritto reale ha l'esercizio pratico e utile della servitù stessa: ben diverso esso usufruttuario da un semplice inquilino che non ha un diritto reale ma un semplice diritto personale sulla cosa, ch'è oggetto del suo diritto, rappresentando semplicemente negli atti di possesso il proprietario.

L'usufruttuario ha un diritto proprio sulla cosa, anche di fronte ai vicini, ai terzi, e anche sul contenuto pratico d'una servitù prediale perchè l'atto in forza del quale egli esercita il suo usufrutto dev'essere stato trascritto e perciò reso di pubblica ragione, senza che possa ignorarsi come elemento essenziale da chi ha interesse di avere dati precisi sulla vera posizione di fatto e di diritto dei rapporti coi suoi vicini. Dunque la rinunzia, nell'ipotesi di esistenza di un usufruttuario della servitù diverso dal proprietario del fondo, non è affare di pretto petitorio e che possa essere esclusivamente regolato dal proprietario del fondo dominante: se vi è un usufruttuario, ed egli non è chiamato a concorrere o non vuol concorrere alla rinunzia del proprietario, questa rinunzia ha effetto unicamente salvo e riservato il diritto dell'usufruttuario, e cioè gli effetti pratici, nell'esercizio della servitù, ne restano sospesi fino a che dura l'usufrutto, trasformandosi per tal modo una rinunzia pura e semplice nella forma in una rinunzia a termine nella sostanza. Il diritto reale dell' usufruttuario così non resta men tutelato, quantunque frazionario della proprietà, del diritto di proprietà stesso; pieno e completo come questo è, parziale e incompleto come è quello, di fronte alla concezione di un rapporto ottimo massimo della persona sulla cosa: la sua tutela è reale, come reale n'è il contenuto. L'usufruttuario può perdere la servitù per non-uso, perchè il non-uso è un fenomeno negativo ma esclusivo del campo possessorio; mentre il proprietario non può perdere la servitù con una rinunzia che abbia effetto entro la durata dell'usufrutto, perchè la rinunzia invade anche il possessorio e anzi nel possessorio esplica la sua pratica influenza e il suo contenuto economico effettivo.

È nulla la rinunzia del tutore o del marito di servitù prediali dovute a fondi del minore o della moglie, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia quanto al primo, senza

Digitized by Google

averne facoltà nel contratto di matrimonio o autorizzazione del tribunale col consenso della moglie quanto al secondo e in ordine ai beni dotali (art. 296, 1404 e seg., 1425 e seg.); perchè la rinunzia alla servitù può benissimo rassomigliarsi per analogia alla rinunzia all'eredità e alla riduzione o restrizione delle ragioni dotali. Una rinunzia di tale specie, emessa cioè dal tutore o dal marito nelle circostanze di fatto e di diritto sopra indicate deve aversi come non emessa e radicalmente nulla *ab initio: quod nullum est, nullum producit effectum.*

La regolarizzazione posteriore di questo atto nullo non può quindi convalidarlo retroattivamente, ma solo in taluni casi può renderlo valido e operativo sin da quel momento in cui la regolarizzazione stessa ebbe luogo; come se si trattasse di dar vita allora appunto ad un istituto *ex novo,* del quale prima non si fosse avuta traccia nè sentore di sorta alcuna. Del pari coi criteri generali va regolato il fatto della rinunzia in rapporto colla figura della comproprietà, dappoichè non v'è ragione per applicare all'ipotesi della rinunzia disposizioni diverse da quelle che si applicano per la costituzione e per la perdita delle servitù in tutti i casi.

La rinunzia non può essere efficace come mezzo estintivo se non è fatta da tutti i comproprietari del fondo dominante ed a favore di tutti i comproprietari del fondo serviente, anche in epoche diverse, poichè la contemporaneità materiale e fisica non importa quando si può avere una contemporaneità attuale, per il concorso delle varie manifestazioni successive in un medesimo contenuto giuridico. Questa non è che conseguenza pretta del concetto d'indivisibilità delle servitù prediali. La l. 34 pr., Dig. 8, 3, dice che *ab altero servitus alteri remitti non potest; quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen, quoniam non personae sed praedio debetur, neque acquiri libertas neque remitti servitus per partem poterit:* e noi possiamo agevolmente applicare il relativo principio di ragione anche alla rinunzia a servitù prediali; dappoichè, per quanto l'emolumento derivante da esse servitù possa essere divisibile ed anche diviso nel fatto, tuttavia la struttura della servitù resta sempre tale da chiarirne la perfetta indivisibilità e da render

Digitized by Google

ragione di questa voluta necessità del concorso di tutti i comproprietari prima che il negozio giuridico possa dirsi regolare, completo ed efficace. Però si ammette che la rinunzia di uno dei comproprietari lasci una certa traccia ed abbia un certo relativo valore: nell'ipotesi che, sempre durante lo stato di comproprietà, egli voglia domandare l'esercizio della servitù alla quale ha rinunziato, a lui può contrapporsi il fatto proprio obbligandolo a non contrastare la pienezza della proprietà nel proprietario del fondo serviente, mentre i suoi comproprietari conservano il diritto di avvalersi della servitù. Nel caso poi più caratteristico, che il condomino del fondo dominante per una qualsivoglia causa giuridica ne rimanga unico padrone perchè la comproprietà abbia cessato, in tale ipotesi è logico che la servitù debba ritenersi completamente estinta per rinunzia, inquantochè non vi è alcun ostacolo perchè il principio da cui dipende la risoluzione della controversia sugli effetti della rinunzia in rapporto colla configurazione della comproprietà abbia la sua piena applicazione anche per le estreme e piene conseguenze estintive. Si dice giustamente poi, per appoggiare questa soluzione sul testo della legge, che tanto risulta dall'argomento dell'articolo 636 del nostro Codice civile; e per vero, esaminando questo articolo che tratta della comproprietà in rapporto colla concessione della servitù prediale, si avverte il principio della necessità del concorso di tutti i comproprietari, della esistenza *in suspenso* di una concessione proveniente da uno solo dei comproprietari fino al concorso degli altri comproprietari nella concessione stessa, e dell'obbligo speciale che ognuno dei comproprietari del fondo serviente può assumere indipendentemente dagli altri comproprietari di fronte al proprietario od ai proprietari del fondo dominante. Se la concessione fatta da uno dei comproprietari (si dice) indipendentemente dagli altri obbliga il concedente, i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso: per reciprocità di trattamento la rinunzia alla servitù, fatta da uno dei condomini del fondo dominante indipendentemente dagli altri condomini, obbliga il rinunciante, i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio della

Digitized by Google

piena proprietà da parte di quegli che una volta era il proprietario del fondo serviente, ossia a non disconoscere l'avvenuta estinzione della servitù prediale di cui si tratta. Effettivamente non si può negare che la reciprocità di trattamento risponda alla logica del diritto; tanto più che, pur non considerandosi la rinunzia come relativa al diritto di servitù al quale non può rinunziarsi se non collettivamente, resta sempre per lo meno la rinunzia come relativa all'esercizio del diritto di servitù, ossia a facoltà che hanno un contenuto del tutto personale e che, senza la complicazione della comproprietà, non potrebbero, qualora non esercitate vuoi per rinunzia, vuoi per trascuranza, condurre all'estinzione della servitù di cui si tratta se non allorquando un tale non-esercizio siasi protratto per il tempo necessario a maturare la prescrizione estintiva.

128. La rinunzia può essere espressa. Espressa è quando si compie per mezzo di una dichiarazione scritta, dappoichè l'art. 1314, n. 3, del Codice civile esclude che la rinunzia esplicita a un diritto di servitù prediale possa farsi verbalmente e che possa provarsi con testimoni, qualunque sia il valore della servitù alla quale si rinunzia. Per la rinunzia alle servitù, la ragione di questa obbligatorietà dell'atto scritto non solo sta nell'importanza della situazione giuridica di un patrimonio immobiliare, considerata in sè, quanto piuttosto nella necessità di salvaguardare la buona fede dei terzi di fronte alle eventuali sorprese che potrebbero riguardare la condizione giuridica di un predio, se tanto i trasferimenti di esso quanto l'esistenza o la cessazione dei vincoli di servitù nel medesimo non dovessero risultare con ogni sicurezza dai pubblici registri: il perchè quest'articolo è completato e spiegato dall'art. 1932, n. 3, relativo all'obbligo della trascrizione. A questo riguardo si deve tener presente la disposizione dell'art. 1314 in quanto richiede l'atto pubblico o la scrittura privata, sotto pena di nullità. La comminatoria della nullità assoluta per mancanza di forma scritta, senza dubbio, è grave; ma la sua gravità non riguarda soltanto la costituzione delle servitù o la rinunzia alle servitù costituite, bensì anche tutte le altre ipotesi nelle quali, sempre sotto

Digitized by Google

pena di nullità, la forma scritta è richiesta. Non è per vero una necessità giuridica vera che consigli di prescrivere in certi casi la forma scritta, sotto pena di nullità del negozio giuridico: è piuttosto una ragione di convenienza, anche per evitare la difficoltà dei sistemi delle prove orali. A proposito della rinunzia espressa, si dice giustamente che la vera rinunzia è quella che si fa a titolo gratuito. Ma, generalmente, non si ha il coraggio di aggiungere che la vera rinunzia è un negozio unilaterale, il quale non ammette vera e propria determinazione contrattuale o consensuale, perchè un tale rivestimento ne guasterebbe l'indole, specialmente trattandosi di diritti reali, nei quali anche la rinunzia deve assumere consistenza e carattere reale come il diritto al quale essa si riferisce.

Or, se la rinunzia è soprattutto reale e dalla sua consistenza reale trae la propria vita giuridica, evidentemente questa sua realità si traduce in un comportamento di fatto che parte solo dal proprietario del fondo dominante, perchè questi, cessando l'esercizio della servitù e ponendosi in condizione di non poterlo più riprendere, concorre alla formazione di una realità di rapporti giuridici diversa dalla precedente. La posizione di fatto nella rinunzia implicita poi corrisponde alla posizione di diritto nella rinunzia espressa; qui la posizione di diritto vuol essere radicata sopra un negozio perfettamente unilaterale. Oltre a ciò, se si riconosce generalmente che la mancanza di corrispettivo appartiene alla rinunzia tipica, quale ragione vi sarebbe di ritenere che il consenso dell'altra parte possa aggiungere qualche valore o dare perfezione alla rinunzia? Nella donazione si potrà e non si potrà discutere se occorra l'accettazione del beneficato; ma nella rinunzia alla servitù, vale a dire a un diritto reale la cui vita appare tutta fuor fuori per l'esercizio che se ne fa o non se ne fa, non ci è voce più eloquente del fatto, e la rinunzia, per la parte che può aggiungere ad un negozio risultante dalla condotta del proprietario del fondo dominante, *ex implicito*, non significa se non assicurazione e salvezza da ogni eventuale molestia od azione del proprietario del fondo dominante stesso per ottenere la reintegrazione della rinunziata servitù. Per esempio, il proprietario

Digitized by Google

del fondo dominante ritrae la sua trave dalla parete di sopporto dell'edifizio vicino e pone il suo edifizio in condizione di non aver più bisogno della servitù; mentre nella casa vicina avvengono tali trasformazioni, per volontà del proprietario di essa, da rendere assolutamente impossibile, *rebus variatis sic stantibus*, la ripristinazione entro il trentennio della servitù di cui si tratta. Ora, prima o dopo di ciò o contemporaneamente, pongasi che il proprietario del fondo dominante emetta la sua rinunzia espressa, nelle debite forme e facendola opportunamente trascrivere: questa servirà bensì per regolarizzare ad esuberanza la posizione giuridica verso i terzi, e potrà anche servire tra le parti come garanzia da molestie che il proprietario dell'antico ed ora non più fondo dominante possa ora e per l'avvenire in diritto od in fatto infliggere al proprietario del fondo serviente per ritornare nel possesso e nell'esercizio della servitù di cui si tratta; senza tener conto dell'altra sua eventuale funzione di eliminare ogni difficoltà interpretativa sulla rinuncia implicita. Se la condotta del proprietario del fondo dominante e gli atti dei quali essa si compone lasciano alcun dubbio nel senso che si tratti o non si tratti di rinuncia alla servitù, la dichiarazione di volontà del proprietario del fondo dominante, consegnata ad un documento scritto, ha per còmpito di eliminare ogni difficoltà e di render sicura l'interpretazione di quegli atti equivoci, nel senso di ritenerli indirizzati all'estinzione della servitù.

Quindi, presa nella sua struttura scheletrica, la rinunzia non è che una dichiarazione di volontà unilaterale e non occorre sia qualche cosa di più di ciò: vuol dire che, se riveste la forma contrattuale, mercè l'accettazione dell'altra parte (come se si trattasse di una donazione), questa forma è del tutto perfuntoria e inutile. Ma ben altro deve dirsi nell'ipotesi che si tratti di contratto, ossia di dichiarazione di volontà bilaterale a titolo oneroso, p. e. mercè contratto di compravendita, per il quale il proprietario del fondo serviente compri dal proprietario del fondo dominante la libertà del fondo proprio dal vincolo di servitù. In tale ipotesi effettivamente non si ha rinunzia alla servitù prediale, ma riscatto della servitù stessa; altro modo di estinzione della servitù, gene-

Digitized by Google

rico bensì come generica è la rinunzia, ma da non confondersi con questa. E quì notisi, per distinguere la rinunzia dalla donazione, che non sempre la rinunzia, quantunque fatta a titolo gratuito, ha per iscopo una mera liberalità. Quando, per esempio, il proprietario del fondo dominante cambia siffattamente destinazione al suo fondo, che l'appoggio concessogli non solo non gli riesca più utile, ma torni incompatibile colla destinazione stessa del suo fondo, in tal caso rinunziare esplicitamente alla servitù per lui può rappresentare una cosa superflua, ma non rappresenta per certo un atto di liberalità verso il proprietario del fondo serviente; perchè parte anzitutto dal concetto dei comodi del proprietario del fondo dominante. Il proprietario del fondo serviente da una tale dichiarazione espressa di rinunzia non ritrae forse altro vantaggio, da quello infuori di chiarire nettamente e a tutta prima, senza equivoci, la propria posizione giuridica di fronte al proprietario del fondo dominante, e di risparmiarsi talvolta una lunga attesa per far valere la prescrizione favorevole alla libertà del proprio fondo serviente: dappoichè la stessa trasformazione del fondo dominante non potrebbe altrimenti che sotto valore di rinunzia essere addotta come causa di cessazione della servitù, se non quando dovuta a forza maggiore, giusta l'interpretazione che noi preferiamo dell'art. 662. Oltre di ciò la differenza è questa: che, per la cessazione a causa di mutamento d'uso della cosa serviente, è ammesso il posteriore ristabilimento a senso dell'art. 663; mentre dopo una rinunzia non è dato ristabilimento, ma la servitù, per ritornare in vigore, deve ricostituirsi *ex novo* con uno dei mezzi ordinari di costituzione: s'intende sempre quando la rinunzia al diritto reale siasi realizzata, vale a dire sia divenuta reale essa stessa, traducendosi in atto coll'investire il fondo serviente; ossia allorchè la rinunzia ha oltrepassato i confini di un semplice diritto di obbligazione, considerato come promessa di rinunzia reale o effettiva alla servitù stessa.

Ma che dire di una dichiarazione di rinunzia, emessa verbalmente in forma obbligatoria e che secondo il nostro ragionamento debba e possa valere come semplice promessa di una rinunzia reale con effetto che si converta dalla

Digitized by Google

persona sulla cosa? La forma scritta essendo indispensabile a pena di nullità per la rinunzia espressa, come mezzo di estinzione dell'obbligazione che sorge dalla servitù prediale, si dovrebbe da un canto non ritenerla necessaria, allorchè la dichiarazione espressa non valesse a servire che come interpretazione di atti equivoci, ma che potrebbero condurre ad una rinunzia implicita. E questa è difatti la soluzione alla quale noi vorremmo attenerci, sicuri di non violare con questo nè lo spirito nè la lettera della legge: non lo spirito, perchè in tal caso la rinunzia è sempre implicita e non esplicita; non la lettera, perchè, dicendo l'art. 1314 che debbono farsi per atto scritto, a pena di nullità, le dichiarazioni di rinunzia ai diritti di servitù prediale, con ciò non viene a dire che debbano farsi per atto scritto le dichiarazioni interpretative di una rinunzia implicita. Queste dichiarazioni potranno anche essere provate a mezzo di testimoni come meri fatti la cui prova è sottoposta alle regole generali. La rinunzia espressa col mezzo di atto scritto, se altro vantaggio non avesse da quello infuori di rendere evitabile un'aspettazione trentennale dopo il silenzio del proprietario del fondo dominante e il contegno passivo di esso in seguito ad un atto di opposizione contro l'esercizio della servitù fatto dal proprietario del fondo serviente, avrebbe già un'importanza decisiva: e perciò praticamente deve raccomandarsi come più utile della rinunzia implicita, allo scopo di evitare questioni d'interpretazione in materia così delicata com'è quella delle servitù e della sistemazione convenzionale dei rapporti da fondo a fondo in linea generale. Se la rinunzia per atto scritto non è susseguita o preceduta dal fatto del non-esercizio della servitù stessa o non è a questo contemporanea (cosa già di per sè assai difficile ad accadere, perchè, trattandosi di un rapporto giuridico a titolo gratuito, non v'è ragione di sorta per il proprietario del fondo dominante di emettere una dichiarazione non sincera, non leale), dall'atto scritto risulterà un'obbligazione del proprietario del fondo dominante a tradurre nel rapporto reale la sua promessa, esponendosi, se non all'azione negatoria, per lo meno a tutte le possibili azioni di danni che dalla sua condotta possono scaturire. Senonchè queste considerazioni sono superflue,

Digitized by Google

perchè è facilissimo far precedere o accompagnare la rinunzia scritta da una rinunzia di fatto contenuta in atti reali di non-esercizio e di contraddizione all'esercizio della servitù: benchè, se pure voglia il proprietario del fondo serviente aggiungere la propria dichiarazione di volontà a quella del proprietario del fondo dominante in forma contrattuale, non possa costringere quindi quest'ultimo all'adempimento in forza dell'art. 1165 Codice civile, non trattandosi di contratto bilaterale.

129. Si dice che la rinunzia può anche essere tacita, in presenza di fatti provenienti dal proprietario del fondo dominante e la cui esistenza sia incompatibile coll'esistenza e coll'esercizio della servitù. Ma qui s'incontra una difficoltà non lieve. Se, sotto pena di nullità, non possono farsi fuorchè a mezzo di forma scritta gli atti di rinunzia ai diritti di servitù prediali, come va che si ammette la rinunzia tacita o implicita? Al modo stesso, si dice, che una convenzione per acquisto di servitù prediali non può farsi tacitamente, tacitamente non può farsi una rinunzia ad un diritto di servitù prediale; dappoichè le medesime ragioni che esclusero l'acquisto di una servitù prediale per consenso tacito, quelle stesse concorrono ad escludere la rinunzia tacita alla servitù stessa per mezzo di dichiarazione della volontà unilaterale. Si divieta l'acquisto di una servitù prediale altrimenti che per atto scritto, quando un tale acquisto segue in forma contrattuale, appunto per dare al negozio giuridico quella certezza e quella pubblicità che sono indispensabili alla garanzia dei possessi e ad un tempo alla tutela della pubblica fede: perchè allora, pur concorrendo e questa ragione di certezza e questo movente di pubblicità, non si dovrebbe pretendere che la stessa rinunzia dovesse emettersi con la forma dell'atto scritto, tuttochè non presenti il contenuto d'una convenzione, ma solo d'una dichiarazione unilaterale? Per valutare a dovere questa obbiezione, cominciamo col renderne ragione eliminando la difficoltà derivante dalla differenza tra la convenzione e la dichiarazione di volontà unilaterale: perciocchè questa differenza non è che meramente formale, avuto riguardo alla possibilità di concepire, per quanto superfluamente, la rinunzia a

Digitized by Google

servitù prediali anche sotto forma convenzionale mercè l'accettazione da parte del proprietario del fondo serviente. Questa forma è bensì superflua, perchè non può supporsi che una persona sana di mente, proprietaria di un fondo serviente, respinga da sè il benefizio della rinunzia emessa dal proprietario del fondo dominante; ma ad ogni modo, anche tenuto presente che una tale rinunzia non opera *ipso iure*, l'accettazione della rinunzia è tra le cose possibili. Dunque la struttura della rinunzia, giuridicamente parlando, non è caratterizzata dall'unilateralità o dalla bilateralità della dichiarazione di volontà che la costituisce: e quindi la soluzione che noi vogliamo dare alla difficoltà proposta non dev'essere caratterizzata da questo riflesso. La difficoltà, posta nei suoi minimi termini e nella sua massima semplicità, è tutta contenuta nella pretesa identità della motivazione giuridica, e per la prescrizione della forma scritta nella costituzione e per la prescrizione della forma scritta nella rinunzia: per la qual cosa possiamo magari mettere accanto ad una rinunzia non susseguita da accettazione una costituzione per donazione, poichè entrambe hanno per la loro costituzione la forma di una dichiarazione unilaterale di volontà. Ed eliminiamo anche un'altra difficoltà: che cioè la servitù prediale essendo stata costituita per atto scritto, per atto scritto debba rinunziarsi; facendo l'ipotesi che si tratti di servitù acquistata per usucapione e non per titolo. In tal caso per lo appunto la servitù si è acquistata per l'esercizio; mentre, quando vi è titolo, l'esercizio della servitù non è causa dell'acquisto nè lo precede, ma ne è l'effetto e gli tiene dietro.

L'esercizio, per esser atto all'usucapione, deve apparire notoriamente, meglio di quanto possa rivelarsi per una muta trascrizione sui polverosi registri di pubblicità: e cioè deve presentare tale uno stato di fatto, che la esistenza di esso faccia in forma non equivoca argomentare per l'esistenza della servitù. Or come e perchè lo stesso non potrebbe dirsi della rinunzia, anche se il non-uso della servitù, anzi quando il non-uso della servitù stessa non cada d'altra parte sotto la figura estintiva della prescrizione acquisitiva della libertà del fondo serviente, ch'è una formola più prettamente petitoria della estinzione della servitù per non-uso? L'esattezza

Digitized by Google

del linguaggio giuridico amerebbe meglio presentarci, secondo alcuni, la prescrizione estintiva della servitù come prescrizione acquisitiva reciproca della libertà del fondo serviente; ma noi abbiamo già vagliato le differenze tra l'una e l'altra prescrizione e valutato le caratteristiche e le attitudini strutturali dell'una e dell'altra. Ad ogni modo è certo che, si chiami prescrizione requisitiva della libertà del fondo dominante o prescrizione estintiva della servitù del fondo serviente, il non-uso protratto per tutto il tempo dalla legge previsto produce pure i suoi effetti, quando ha i convenienti requisiti di pubblicità.

Ora, per la rinunzia vi è di più, perchè non solo possiamo avere quei dati negativi che caratterizzano il non-uso, ma dobbiamo anzi avere dei dati positivi e diretti che accennino ad una vera intenzione diretta a non valersi del proprio diritto di servitù prediale: altrimenti, se così non fosse, non si saprebbe qual diversità di contenuto fissare tra la perdita della servitù per non-uso trentennale e la perdita della servitù per rinunzia, la quale ultima unicamente può concepirsi ed ammettersi come rovescio dell'*usucapio libertatis*, ma con un contenuto analogo di attività e d'iniziativa in chi darebbe vita al corrispondente negozio giuridico che per via diversa conseguisse la stessa finalità. Il caso della rinunzia implicita ad una servitù d'appoggio è questa. Io ho immesso le mie travi nella parete del vicino, per contratto di costituzione della relativa servitù, allo scopo di sopportare il peso di una costruzione sporta in fuori dalla parete della mia casa, oppure per sostenere su questa trave una sottoposta tettoia che mi serva di riparo e di coperta per talune mie cose che debbono stare all'aperto, oppure per salire all'asciutto sul cocchio nei giorni piovosi o per tutelare dei *viridaria*, delle spalliere di limoni dalle intemperie. Ebbene: si supponga a un tratto che io levi le travi e demolisca la mia costruzione esterna per ragioni di bellezza e di simmetria, o rinunzi alla tettoia da quella parte per stabilirla in una parte diversa, oppure anche tolga la spalliera di limoni e la porti altrove. In tutte queste ipotesi la mia condotta suona chiaramente intenzione di rinunziare alla servitù dell'immissione della trave, poichè l'immissione stessa non mi sarebbe più di alcun giovamento. Questo

Digitized by Google

fatto dell'aver dato alle cose una sistemazione apparente, incompatibile coll'esercizio della servitù presenta una pubblicità maggiore di quella che potrebbe risultare da qualsiasi registro di trascrizione. Il requisito dei fatti, dal quale può risultare una rinunzia implicita, dev'essere anzitutto la non-equivocità del loro significato: nel senso che essi non possano interpretarsi alla stregua di un'intenzione che quella non sia di rinunziare all'esercizio della servitù. Epperciò soprattutto questo stato di fatto dev'essere permanente ossia stabile, perchè non deve far supporre la possibilità del ritorno all'antica condizione di servitù, sempre, s'intende, *rebus sic stantibus*. Ma appunto la stabilità delle opere è argomento sufficiente per argomentarne e trarne una presunzione fondatissima di rinunzia implicita all'esercizio della servitù, della quale lo stesso proprietario del fondo dominante ha disperso ogni traccia.

Una speciale difficoltà può aversi per le servitù negative e per le servitù non continue e non apparenti: a riguardo delle quali il quesito della rinunzia tacita meritava di essere meglio studiato e dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Intanto per le servitù non continue e non apparenti il requisito della pubblicità, che il legislatore volle a garanzia dei diritti e della buona fede dei terzi, manca del tutto: dappoichè non si può pretendere che una persona interessata alla ricerca della libertà o meno di un fondo perda nelle indagini sopra luogo un tempo maggiore di quello ch'è necessario per la ispezione dei registri della trascrizione. Dunque evidentemente in questa ipotesi rinunzia tacita non si ammette efficace e operativa, tranne che la detta persona interessata abbia avuto cognizione di tale rinunzia tacita, per modo che, messa alle strette, malgrado ogni suo pretesto di mancanza di pubblicità, non possa resistere ad un cumulo di prove, dal quale risulti che per mezzi speciali di cognizione essa conosceva perfettamente una siffatta rinunzia. Ma, ripetiamo, questa è un'ipotesi del tutto eccezionale, la quale non esclude la regola generale desunta dalla assoluta mancanza di pubblicità, in surrogato della mancanza di un titolo trascritto. Quanto alle servitù negative, si osserva giustamente che a fare constatare la rinunzia non bastano atti di mera

Digitized by Google

tolleranza, provenienti dal proprietario del fondo dominante. I semplici atti di tolleranza, in ogni specie di servitù, rientrano sotto la categoria di quegli atti che cambiano lo stato delle cose poste in rapporto di servitù, in modo che esse non producono effetti estintivi della servitù stessa se non decorso il trentennio (art. 663), perchè prima che il trentennio sia decorso, si ha una cessazione e non l'estinzione della servitù, o più esattamente un'impossibilità momentanea di esercizio della servitù stessa. Altro è invece il significato ed altra la portata della rinunzia alla servitù. Quando tra due fondi vige una *servitus non altius aedificandi*, se il proprietario del fondo serviente sopraedifica, egli cambia lo stato di fatto della cosa serviente contrariamente all'esercizio della servitù; ma, allorchè non risulta che il proprietario del fondo dominante abbia fatto e faccia adesione con atti esterni apparenti e continui o col continuo concorso dell'opera sua a questo cambiamento che produce l'impossibilità dell'esercizio della servitù, non risulta neppure l'esistenza di una rinunzia da parte di esso proprietario del fondo dominante. A questo proposito noi siamo anche più rigorosi del PACIFICI-MAZZONI (1), il quale si contenta della direzione dell'esecuzione, di pareri o consigli che il proprietario del fondo dominante abbia fatto o dato per queste sopraelevazioni. S'intende peraltro che, qualora la intenzione della rinunzia risulti chiara, in ogni caso ed in ogni specie di servitù la mancanza del requisito di pubblicità non pregiudica gli effetti della rinunzia stessa di fronte al rinunziante proprietario del fondo dominante, ma solo ne esclude l'efficacia di fronte ai terzi: la qual cosa risulta dai principî generali sulla trascrizione.

130. Tacita o espressa che sia la rinunzia, quali ne sono gli effetti? Una delle principali precauzioni alle quali deve porsi mente nel valutare gli effetti della rinunzia fu ben detto essere l'accurato esame se la rinunzia abbia avuto per oggetto il contenuto tutto quanto della servitù oppure le modalità di essa; e cioè se per effetto della rinunzia stessa la servitù

(1) *Codice civile italiano commentato*, vol. III (*Trattato delle servitù prediali*), § 253.

Digitized by Google

debba ritenersi limitata oppure estinta. Ma non possiamo convenire incondizionatamente nel concetto che l'interpretazione della rinunzia debba esser fatta in senso ristrettivo alla rinunzia stessa; perciocchè la rinunzia ad un diritto di servitù non è come la rinunzia ad un altro diritto qualsiasi. La servitù, per le cose dette, merita già di per sè stessa una nota di sfavore, in quanto limitazione di un diritto che tende ad esser pieno di sua natura; e questa nota di sfavore deve perseguitarla sempre, inseguirla in tutti i rapporti giuridici, in tutte le fasi che essa servitù attraversa, come un vero peccato di origine, come una vera posizione di fatto e di diritto irregolare e quasi censurabile, nel campo delle costruzioni giuridiche, dal punto di vista della sua regolarità e della sua ortodossia. A questo proposito ci troviamo pertanto due diverse considerazioni interpretative. Una prima considerazione s'innesta sulla regola fondamentale di interpretare sfavorevolmente le limitazioni del diritto di proprietà e pertanto favorevolmente ed estensivamente le rinunzie alle limitazioni stesse; una seconda considerazione, meno specifica ma adattata al concetto generico di rinunzia, sta in ciò, che le rinunzie debbano sempre intendersi nel senso più limitato della portata del contenuto loro, allorchè questo contenuto non presenti un'estensione ben delineata. Queste due regole cozzano indubbiamente tra loro; ma anche in materia d'interpretazione noi dobbiamo applicare la regola — *generi per speciem derogatur* —; tanto più che la regola generica non è che una regola strumentale o formale, anzichè una regola funzionale e sostanziale. Si dice che le rinunzie non si presumono mai e che nel dubbio non debbono estendersi, ma piuttosto debbono intendersi ristrette; e questo si dice non tanto perchè l'estensione di una rinunzia possa compromettere l'essenza o la struttura del negozio giuridico al quale la rinunzia si riferisce, ma perchè si muove dal concetto utilitario, riguardandolo dal punto di vista di colui il quale emette una rinunzia al modo stesso come potrebbe esercitare il diritto al quale rinunzia. Ma, trapassando dalla considerazione utilitaria, ch'è una mera considerazione soggettiva della parte dalla quale la rinunzia è emessa, alla considerazione più scientifica e più razio-

Digitized by Google

nalmente esatta della struttura dell'istituto giuridico della servitù considerato in rapporto alla proprietà, si viene appunto alla conclusione della opportunità di cogliere a volo ogni più piccola occasione perchè la proprietà sia restituita alla sua giuridica interezza e perchè si attui quel proposito sfavorevole alla servitù, dal quale deve essere guidata la nostra logica speciale e tecnica relativamente ai criteri costitutivi e alle regole direttive delle servitù prediali. Questo secondo riflesso, quando la portata della rinunzia sia equivoca, deve ispirare la soluzione del nostro quesito: noi dobbiamo vegliare perchè la proprietà riprenda intiera la sua espansione; e, se per questo è necessario contrastare alle regole formali e strumentali della rinunzia, non ci arresteremo per questo. Peraltro non si deve venire a questo se non allorchè vi è vera ragione di dubitare, e non già stiracchiando a bella posta le espressioni della dichiarazione di volontà. Così, qualora esistano su di un fondo le due servitù *non aedificandi* e *stillicidii recipiendi*, oppure *non aedificandi* e *ne luminibus officiatur*, rinunziandosi all'una di esse, resta l'altra se ed in quanto può talora sussistere; che se la rinunzia, per l'equivocità delle sue espressioni o per l'equivocità dei fatti dai quali può tacitamente desumersi ed implicitamente argomentarsi, può tanto suonare come rinunzia ad una di esse servitù, come ad entrambe, in tale ipotesi, ben lungi da quanto occorre nell'ipotesi delle rinunzie ordinarie, si vuol propendere alla rinunzia ad entrambe le servitù e non ad una sola di esse, perchè così si rende il debito omaggio una volta ancora alla pienezza della proprietà del fondo serviente, come se anche a questo istante si dovessero vagliare i modi di costituzione pratica di quelle date servitù, combinandoli colla rinunzia, come se questa avesse una portata e un'efficacia retroattiva. Nei diritti eccezionali questo avviene: noi ad ogni istante dobbiamo quasi abituarci a vagliarne rigorosamente i titoli, sintetizzando e amalgamando costituzioni e rinunzie, stato iniziale e modificazioni successive, ampliamenti e restrizioni, per formare con tutto questo materiale, ad ogni passo, come a dire l'inventario delle facoltà inerenti alla proprietà del fondo dominante e delle facoltà inerenti alla proprietà del fondo serviente. Questo appunto

Digitized by Google

perchè sappiamo che v'è un fondo dominante e un fondo serviente e un rapporto di servitù che li ravvicina giuridicamente: che se fossimo condotti ad esaminare separatamente lo stato della proprietà sopra uno o entrambi essi fondi, senza conoscerne o curarne il rapporto reciproco di servitù, il metodo delle nostre indagini sarebbe ben diverso e per noi basterebbe l'esame del titolo di acquisto e dei registri di pubblicità, oltre ad un'ispezione sommaria sopra luogo, senza troppo sottilizzare in interpretazioni e senza neppur pensare a rinunzie più o meno estese, in contraddizione con le apparenze di fatto. Di vero, in tal caso noi siamo sicuri che chi allega limitazioni o restrizioni deve darsi la pena di provarle contro alla libertà del fondo che si pretende limitato: e noi aspettiamo queste prove di uno stato eccezionale, pronti a vagliarle con grande severità in adempimento dello spirito della legge, secondo la natura giuridica degli istituti della proprietà e della servitù.

Del resto, è soprattutto desiderabile che i mezzi probatori, avvenga ciò prima o dopo, ad una o a più riprese, diano risultanze esatte e concludenti sulla posizione dei fondi e sui loro rapporti petitori: indifferente risultando il processo col quale si giunge alla conclusione finale. Ma tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente la buona fede stabilisce dei vincoli speciali che si ripercuotono anche nell'esercizio della servitù: ed un primo effetto di tali rapporti diretti e immediati tra l'uno e l'altro consiste nella assoluta superfluità dei mezzi di pubblicità, vale a dire della trascrizione della rinunzia soprattutto. Però è sempre necessario che gli atti o fatti positivi o negativi, diretti o indiretti, dai quali il proprietario del fondo serviente vorrebbe argomentare la rinunzia alla servitù, siano della natura e del significato richiesti in ogni caso, e di fronte alle parti e di fronte ai terzi, perchè la rinunzia sia valida: dappoichè a queste condizioni di validità intrinseca non può derogarsi menomamente, trattandosi di assumere un'interpretazione sicura e non equivoca, per desumere da una posizione di fatto talune determinate conseguenze giuridiche. Circa gli effetti della rinunzia poi viene anche l'opportunità di domandare se la rinunzia stessa sia revocabile e quando

Digitized by Google

sia revocabile. La rinunzia per certo non è un contratto, del quale non possa più revocarsi l'accettazione, quando è giunta a notizia del proponente. Ma pur da essa sorge un'obbligazione nel rinunziante, come potrebbe sorgere da un *pactum de non petendo*, e l'obbligazione sorge allorchè il negozio giuridico è divenuto perfetto, ossia allorchè la rinunzia non è più revocabile. Quindi la ricerca sul momento in cui si può cominciare a dire che una rinunzia è irrevocabile non si presenta certo di poca importanza; essendo anzi veramente decisiva in questa materia. Noi diremo dunque che la rinunzia, come obbligazione derivante da un negozio del tutto unilaterale, non richiede dei requisiti speciali perchè possa dirsi perfetta, sul tipo di quei requisiti che ricorrono nei negozi giuridici contrattuali: e quindi non cognizione, non accettazione della parte che dovrebbe avvalersi della rinunzia stessa. Una cosa sembra a noi essenziale perchè la rinunzia raggiunga il suo effetto e divenga irrevocabile di fronte al proprietario del fondo serviente e di fronte a tutti, ed è che sia fornita della debita formalità della trascrizione, oppure sia estrinsecata in forma materialmente visibile sopra luogo. Una semplice dichiarazione di rinunziare non susseguita dal fatto è piuttosto una promessa di rinunzia che una rinunzia vera e propria: *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; plus est in re quam in verbis.* E per verità tanto maggiormente deve applicarsi alla nostra ipotesi di rinunzia la necessità di corroborare la dichiarazione di volontà col fatto; inquantochè di una vera ed espressa dichiarazione di rinunzia non vi è d'uopo, ma basta appunto il fatto del non-esercizio, rafforzato da altri fatti che all'esercizio stesso suonino vera e patente contraddizione, in modo che non si possa dubitare che la servitù è finita. Una dichiarazione di rinunzia non susseguita dal fatto non è senz'altro titolo per la cessazione della servitù, in modo che possa il proprietario del fondo serviente fare senz'altro ricorso alla negatoria; ma è azionabile solo come forma di obbligazione, vale a dire come promessa di rinunziare, non già come modificatrice o eliminatrice del rapporto di servitù; dappoichè le servitù come tutti i rapporti sostanzialmente reali non presentano la estrinsecazione obbligatoria se non come mera-

Digitized by Google

mente secondaria di fronte al diritto reale, mentre la loro principale estrinsecazione è proprio sulla cosa e nei rapporti di fatto tra cosa e cosa. Se il rapporto obbligatorio di rinunzia o la promessa di rinunzia non si esplicasse in senso negativo all'esercizio della servitù, non resterebbe in piedi che la promessa di rinunzia: promessa unilaterale, la quale, non assumendo per nulla la veste contrattuale, può sempre revocarsi quanto agli effetti reali, fino a che di effetti reali non sia stata effettivamente produttrice; ma non per questo esclude che l'inadempimento dell'obbligazione trascini seco, se e quando del caso, tutte le possibili conseguenze per risarcimento di danni, che sono inerenti ad ogni fatto dell'uomo lesivo degli altrui interessi. A questo riguardo è interessante la l. 8, Digesto 8, 6, in cui PAOLO ben chiaramente pronuncia la perdita dello *ius stillicidii immittendi*, allorchè chi ha questo diritto permise di edificare nell'area sulla quale esplicavasi o doveva esplicarsi questo diritto di servitù: da tale frammento il POTHIER giustamente si credette in grado di poter dedurre la rinunzia di qualsivoglia concessione non precaria del proprietario del fondo dominante, in forza della quale sia stata fatta qualche cosa che tolga l'uso della servitù. A questa rinunzia però, perchè abbia a sortire il suo effetto estintivo, debbono concorrere tutti i comproprietari del fondo dominante: e, se fatta per una sola delle varie servitù anche gravanti un medesimo fondo serviente a favore di un medesimo fondo dominante, non può estendersi alle altre.

Digitized by Google

LIBRO QUARTO

TUTELA GIURIDICA

La tutela giuridica delle servitù prediali è argomento di somma delicatezza per la necessità di tenerla distinta dalla tutela della proprietà e del possesso del fondo dominante, *qualiter se habens*, ossia con tutti i requisiti che ne aumentano il pregio o la produttività e con tutte le doti, il cui contenuto contribuisce a formarne l'individuazione pratica: difficoltà questa che ci sospinge a tener sempre fermi nella nostra mente i principî fondamentali già esposti sulla struttura della servitù prediale.

Si disputa sulla evoluzione interna della tutela giuridica accordata in diritto romano per le servitù. Gli autori e massime il KARLOWA (1), esaminando le quattro servitù rustiche primitive (*iter*, *actus*, *via*, *aquaeductus*) vollero dimostrare che dalla comune forma di costituzione e di tutela di questi diritti il concetto di servitù prediale attraverso varie configurazioni giuridiche sorgesse e si sviluppasse con tendenze unitarie, con perfetta correlazione tra l'azione e la pretesa giuridica. E fu riconosciuto come nel periodo classico le due forme di azioni, confessoria e negatoria, arrotondassero sempre più il loro tipo, ma nei limiti delle servitù praticamente riconosciute. La costruzione a tipo in ULPIANO, in ALFENO e in MARCIANO, ricevuti nel tit. 5 del lib. 8, Dig., arriverebbe sino al punto da staccare l'*iter* dall'*actus* e l'*actus* dall'*iter* (Frammento 4, § 1), le servitù urbane dalle rustiche (Fr. 1), la servitù dai suoi frutti (Fr. 4, § 2); da affermare che il fondo è libero di fronte ai fondi tutti diversi dal dominante (Fram-

(1) *Römische Rechtsgeschichte*, II, § 47, pag. 495.

Digitized by Google

mento 4, § 7); da addossare l'obbligo della *refectio* non nella sola *servitus oneris ferendi* ma in tutte le servitù a colui *qui sibi servitutem asserit* (Fr. 6, § 2); da concludere che per l'*intentio* di tutte le azioni designate a tutela delle servitù l'azione è reale e compete da proprietario a proprietario (Fr. 6, § 3); da riconoscere l'*actio de servitute* per la rimozione dello sterquilinio (Fr. 17, § 2) e da determinare con estensione generica gli effetti della comunione nella servitù (Fr. 19). Ma questi frammenti non hanno quasi alcun valore per la dimostrazione della voluta tesi, che vi fosse un tipo generale di servitù e di azioni, per la servitù, più di quanto ne occorresse per quella parte di naturale espansione che l'aggettivo o il complemento di specificazione non possono mai togliere al loro sostantivo o soggetto. Poichè anche in questa materia è facile cadere nelle esagerazioni: ma certamente una parte della generalizzazione del concetto di servitù e delle azioni relative è dovuta alla forza naturale e necessaria del sostantivo, ed un'altra parte è dovuta o può esser dovuta a quel lavorio di storia interna, parallelo e coordinato tra il diritto e l'azione, cui allude il KARLOWA. E forse la parte maggiore è dovuta alla prima di queste due cause: poichè non può supporsi che un popolo, come il romano, in cui il senso giuridico era così raffinato, stentasse a rendersi conto del concetto e dell'indole delle servitù, fino a non potere in modo alcuno assorgere ad una nozione dell'istituto stesso. Quindi è d'uopo bandire ogni vano giuoco di parole, ogni sottinteso e ogni contraddizione: affermiamo pure con sicurezza che i Romani assorgessero alla nozione generica di servitù, poichè avevano tanto buon senso e tanta acutezza da vendere, da non potersi permettere di parlare ad ogni pie' sospinto di questa o di quella servitù senza sapere che cosa fosse servitù in genere. Questo, per dirla in termini volgari, sarebbe stato per essi un lusso inconcepibile e impossibile d'incoscienza; e tutti i nostri sofismi o paralogismi si spuntano contro a questa ultima logica conseguenza di una premessa che resiste a qualsivoglia attacco e che presenta una risoluzione costante nel senso meno favorevole all'albagia della moderna ipercritica.

Si adduce in contrario che per la servitù di passaggio

Digitized by Google

non si trova un'azione complessiva; che per la *servitus itineris* e *actus* ve ne sono più; che per l'*aquaeductus* non si riescono a trovare chiaramente le azioni nell'editto e si dubita ancora che nell'editto vi fosse veramente una formola speciale di *confessoria* per l'*aquae haustus*. Or, supposto anche che per ciascuna servitù non si trovasse determinata una formola apposita, e che per le servitù che tal formola non avevano si dovesse in pratica far ricorso all'imitazione delle azioni stabilite e fissate; ammesso anche che a ciascuno dei tre gruppi di *iura parietum*, *luminum*, *stillicidiorum* non corrispondesse un gruppo di azioni, questo lavorìo di adattamento e di derivazione di un'azione o di una formola nuova da un'azione o da una formola preesistente è rivelatore appunto della tendenza all'uniformazione, all'adattamento a taluni tipi determinati, se non ad un solo ed unico tipo. Unica conseguenza scaturisce da questa storia evolutiva del sistema procedurale: ed è che i tipi di servitù non tanto apparirono e s'imposero fin dapprincipio e quasi *a priori*, quanto piuttosto in seguito per un lavorìo retrospettivo e di concentramento, che trasse le sue origini dalla stessa necessità di stereotipare talune azioni per nuovi rapporti di servitù sopra azioni preesistenti e relative a specie di servitù già ricevute nella pratica e sviluppate nell'uso. Una costruzione sintetica di un istituto non è infatti possibile se non allorquando il pensiero e la pratica giuridica sono siffattamente sviluppati, da rendere quasi istintivo un pensiero di generalizzazione e quasi di astrazione dalle singole forme, considerate nella loro successiva origine ed evoluzione storica.

Al pensiero giuridico attuale nulla osta per una generalizzazione completa del concetto e dell'azione confessoria e dell'azione negatoria: poichè il concetto di servitù, dopo avere attraversato una fase di più secoli, varcata l'influenza medioevale del feudalismo, si purificò di nuovo sulla traccia delle fonti romane e trasse da queste la sua nitida e sicura diversificazione dagli altri diritti reali e il suo giusto e temperato contrapposto all'idea predominante della proprietà del fondo serviente, mentre mantenne di fronte al fondo dominante la sua indole completiva.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

AZIONI PETITORIE

Bibliografia.

LUPARIA. — *Chi propone l'azione negatoria è egli deposto dalla prova della libertà, quando il convenuto ha per sè una sentenza di manutenzione nel possesso annale della servitù?* (*Archivio giuridico*, XXVI, 471).

LUSIGNANI L. — *Se il conduttore possa esercitare l'azione confessoria di servitù costituita in vantaggio del fondo legato* (*Foro italiano*, 1898, I, 1013).

MANCINI P. — *Della « negatoria servitutis »*, studi; S. Maria Capua Vetere, tip. Cavotta, 1898, in-8°.

Finchè si ritiene che la servitù è un diritto reale, come tutti gli altri diritti reali frazionario anch'esso della proprietà, è impossibile evitare la conclusione che dunque una tutela di questo diritto, in sede petitoria, sia assolutamente indispensabile per mantener fermo questo nesso di struttura e di contenuto tra la servitù e la proprietà. D'altra parte, le vicende petitorie della servitù non possono neppure immaginarsi come trascinate dalle vicende della proprietà sul fondo dominante o come pedisseque alla proprietà del fondo stesso: perciocchè la servitù prediale è un rapporto tra fondi e le sue vicende allora, se dovessero essere vincolate alle vicende della proprietà, non si saprebbe come meglio vincolarle, se a quelle del fondo dominante o a quelle del fondo serviente; dappoichè a quelle di entrambi i fondi non potrebbero ad un tempo per certo riportarsi, data la contraddizione che non di rado potrebbe manifestarsi, anzi che ordinariamente

Digitized by Google

in un conflitto giudiziale si manifesterebbe tra la posizione fatta al fondo dominante e quella fatta al fondo serviente.

Il trattato delle azioni petitorie deve necessariamente essere preceduto dall'esame generico dell'opportunità, anzi della necessità, di attribuire alle servitù una tutela petitoria, vale a dire una tutela sul genere di quella accordata alla proprietà: e quanto più questa convenienza e questa necessità per le servitù prediali, anzichè per le personali, venga a rivelarsi. Evidentemente poi, tuttociò che potrà dirsi intorno alle azioni petitorie, non potrà che armonizzare colla definizione della servitù, quale è stata da noi superiormente fissata, quanto ai rapporti che la servitù deve avere con la proprietà e deve mantenere con essa anche sul terreno della procedura; poichè, se così non fosse, non si potrebbe dire che il rapporto tra servitù e proprietà fosse e si mantenesse costante, in tutte le manifestazioni, o almeno nelle manifestazioni più importanti, del fenomeno giuridico. Se si potesse indagare l'origine storica della tutela petitoria delle servitù, su questa base potrebbe istituirsi uno studio abbastanza interessante, per venire ad una conclusione positiva in ordine all'origine delle servitù e al rapporto loro, nel campo prediale, col sistema della proprietà immobiliare.

Se l'opinione del Voigt che la servitù di passaggio sia stata in origine una vera proprietà dovesse o potesse non solo ritenersi esatta, ma generalizzarsi a tutte le servitù prediali, si dovrebbe necessariamente venire alla conseguenza che fin dapprincipio la servitù dovesse avere a sua tutela delle azioni petitorie. Ma una tale generalizzazione in senso assoluto non regge di fronte all'altra ipotesi più ammissibile che non originariamente, ma successivamente le servitù si siano modellate sul tipo della proprietà. La difficoltà della derivazione delle servitù da un antichissimo primitivo ed unico concetto di proprietà sussiste specialmente di fronte ai *iura itinerum* e *aquarum* acquistati non solo per virtù della semplice vicinanza o non tanto per questa, quanto od anche per effetto di convenzione. E, siccome le servitù vere e proprie sono quelle che rimangono stabilite per convenzione, così la generalizzazione che si tenta dalla servitù di passaggio a tutte le altre servitù, relativamente al confronto

Digitized by Google

colla proprietà e quanto al sistema delle azioni e per il resto, non regge in alcun modo. Ma ad ogni modo, per quante siano o possano essere le difficoltà storiche, dal lato della struttura non vi sono nè vi possono essere difficoltà salienti per l'attribuzione delle azioni possessorie alla tutela delle servitù prediali: altrimenti converrebbe escludere dalle servitù prediali l'indole caratteristica e fondamentale di diritti reali, i quali debbono, quando occorra, affermare la loro insistenza sulla cosa e aver modo di farlo anche quando la loro esistenza è acutizzata, cioè nella loro fase giudiziaria e nella tutela giuridica che ad essi è accordata. Evidentemente poi la tutela della servitù contro la proprietà del fondo serviente non esclude la tutela della proprietà del fondo serviente contro la servitù che sul fondo medesimo incombe; e la domanda del proprietario del fondo serviente, che in sede petitoria può chiedere una limitazione dell'esercizio della servitù per avere più ampio il naturale esercizio di un diritto che per regola è pieno e non può intendersi limitato oltre i termini del necessario, non è certamente impedita da una riconvenzionale del proprietario del fondo dominante per un esercizio più ampio della servitù. Così, viceversa, una domanda del proprietario del fondo dominante per avere l'esercizio od un maggiore esercizio della servitù non impedisce una riconvenzionale del proprietario del fondo serviente, o per iscuotersi di dosso del tutto l'esercizio della servitù, o per ottenerne una diminuzione di contenuto. Ed anche non è escluso che queste azioni giudiziarie, da una parte e dall'altra, in senso contrario, possano aver luogo separatamente e ad intervalli diversi: dotate sempre d'importanza e di carattere petitorio, queste azioni sono perfettamente libere, sotto qualsivoglia forma procedurale si manifestino e in qualsivoglia procedimento vengano, per così dire, ad incastonarsi. Ma evidentemente la pronunzia sull'estensione di un diritto di servitù costituisce cosa giudicata anche in rapporto alla comprensione del corrispondente diritto di proprietà del proprietario del fondo serviente: come per contrapposto una pronunzia sulla estensione del diritto del proprietario del fondo serviente, in contrapposto colla limitazione costituita dalla servitù, ha forza di cosa giudicata di fronte ad una

Digitized by Google

posteriore domanda del proprietario del fondo dominante, diretta contro l'esercizio della servitù stessa. Infatti una contestazione di proprietà rispetto ad una servitù limitante e di una servitù rispetto ad una proprietà limitata non può svolgersi senza confrontare tra loro il fondo dominante e il fondo serviente, e senza porre in correlazione il diritto dell'uno, così com'è diminuito, col diritto dell'altro, così come può apparire allargato per la diminuzione del primo in conseguenza del rapporto giuridico intercedente tra i due fondi stessi.

Digitized by Google

CAPO I.

Confessoria.

131. Fisionomia dell'azione. — 132. Confronto tra la confessoria nelle servitù e la confessoria nei diritti reali in generale. — 133. Ancora della fisionomia dell'azione. — 134. L'azione confessoria come publiciana.

131. L'azione confessoria tende a promuovere una pronuncia giudiziale nel senso di rivendicare una servitù contro ogni contestazione o turbativa all'esercizio della servitù stessa; semprechè, s'intende, una tale molestia o turbativa non si limiti semplicemente nel campo del possessorio, ma abbia per termine e fine ultimo di contrastare la esistenza del diritto di servitù prediale. Quindi chi promuove una tale azione può anche prescindere completamente dalla prova del possesso del fondo dominante o del quasi-possesso della servitù di cui si tratta, una tal prova essendo in questa occasione del tutto perfuntoria. Più che per provvedere a necessità presenti, la confessoria è data per provvedere completamente e sistemare anche per l'avvenire il rapporto di servitù del quale si tratta. Quanto ai testi romani, il tit. 5 del lib. 8 Dig. porta l'iscrizione: *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*. Di questo titolo fa in gran parte le spese ULPIANO coi suoi commenti edittali. Nella l. 2 di questo titolo ULPIANO ci dice che per la servitù, a imitazione dell'usufrutto, sono date così l'azione confessoria come la negatoria: la confessoria a colui che pretende a lui competa la servitù, la negatoria al proprietario del fondo che nega una tale servitù. Ma, poichè quest'azione è anche detta *vindicatio servitutis* dallo stesso ULPIANO nel § 1 del frammento medesimo ed anche per la natura stessa e l'attitudine giuridica del diritto di servitù, il quale insegue il fondo serviente e accompagna il dominante in qualsivoglia trapasso (qual vero e proprio diritto reale), e per la durata indeterminata dello stato giuridico corrispondente (questa espressione serve ad evitare l'altra di *perpetua causa*); sembra non doversi dubi-

Digitized by Google

tare dell'indole petitoria di questo rimedio procedurale. Esso è dato (è bene anzitutto notarlo) al proprietario di quel fondo che pretende esercitare il diritto di servitù sul fondo dell'altro; ed è così detto dal costringer che si vuole il proprietario del fondo serviente o altri a confessare il rapporto ed il vincolo relativo. Ma resta qualche dubbio. ULPIANO nel fr. 2, Dig. 8, 5, parlando delle azioni negatoria e confessoria che competono al titolare della servitù, le designa coll'indicazione: *ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent;* e per vero dicono che quest'azione sia la stessa di quella prevista dalla l. 60, § 1, Dig. 7, 1, *si fundus, cuius ususfructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur*, concessa contro qualsivoglia possessore della cosa fruttuaria (L. 6, Dig. 7, 6) e contro i possessori dei fondi vicini ostacolanti l'esercizio dell'usufrutto (L. 1 e l. 5, § 1, Dig. 7, 6). Nè vi è argomento contrario da contrapporsi, specialmente di fronte all'inciso non sospetto del pr. del § 6, fr. 5, Dig. 7, 6 (*sicut fructuario in rem confessoriam agenti*, ecc.). Peraltro, dall'esame del tit. 6 del lib. 7 si può ricavare copia di osservazioni. Nel fr. 1, tratto dai suoi commenti sabiniani, sembra che ULPIANO contrapponga di proposito servitù (prediale) ad usufrutto; poichè, se al fondo che cade in usufrutto è dovuta una servitù, in caso di perdita dell'usufrutto stesso non deve già rivendicarsi la servitù perchè questa non è se non la conseguenza dell'usufrutto, ma si deve rivendicare l'usufrutto. Dunque rivendicazione di servitù e di usufrutto, azione petitoria di servitù e di usufrutto: e, se si dà la preferenza o la priorità alla rivendicazione dell'usufrutto, ciò accade perchè la servitù (prediale) costituisce come un accessorio (*adminiculum*) per l'esercizio del diritto di usufrutto, come costituiscono accessorio anche dello sfruttamento connesso alla proprietà tutte le altre utilità e servitù *sine quibus omnino uti non potest.* Lo stesso ULPIANO poi, nel commento edittale (L. 5, § 1, Dig. 7, 6) ritorna sul concetto di azione reale competente all'usufruttuario contro il proprietario e contro qualsivoglia possessore. A togliere infine ogni dubbio sul parallelismo tra la confessoria data per le servitù prediali e la confessoria data per l'usufrutto, basta paragonare le intestazioni del lib. 7, tit. 6 e del lib. 8, tit. 5: *si usus-*

Digitized by Google

fructus petatur vel ad alium pertinere negetur; si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. È dunque la stessa formula, lo stesso contenuto, la stessa struttura vindicatoria e negatoria in un caso e nell'altro; e la prima di queste azioni, la vindicatoria, non è altro in fondo fuorchè la confessoria.

Dal modo come parlano i nostri frammenti sembra dunque che, essendo stata l'azione confessoria per le servitù introdotta *ad exemplum* dell'azione corrispondente per l'usufrutto, questa fosse anteriore a quella, malgrado la indubbia antichità delle *servitutes praediorum*, specialmente relative ai *iura itinerum et aquarum*. La qual cosa fa pensare alla possibilità che lo Stato, nei primi tempi della proprietà pubblica assegnata ai privati, vegliasse direttamente, con suoi regolamenti per atto d'impero, al godimento e all'esercizio dei diritti di proprietà e di servitù in rapporto di buona vicinanza. Invece sin dapprincipio era indispensabile provvedere alla tutela dell'esercizio del diritto di usufrutto, con azioni di diritto civile o privato; poichè lo Stato non poteva per certo di sua autorità provvedere al mantenimento di una sistemazione patrimoniale da esso antecedentemente disposta. Questa costruzione, per quanto sia ardita, non ripugna, comechè non abbia fondamento sicuro nei testi: un buon fondamento potrebbe essere almeno quel testo, che modella l'azione confessoria delle servitù sul tipo dell'azione confessoria per l'usufrutto. Una ragione indipendente dai testi potrebbe essere che i rapporti di vicinanza, designati come sono per gran parte dalla natura dei luoghi, assai più facilmente dei rapporti di usufrutto mantengono la loro integrità, affidati ai buoni uffici anzichè alla tutela giuridica, la cui necessità apparisce e si manifesta soprattutto e solo quando questi rapporti sono molto complicati. In questo periodo della vita giuridica si può pertanto concepire senza grave sforzo la tutela dell'usufrutto senza la tutela delle servitù prediali, come anche può concepirsi che in un periodo posteriore la tutela di queste ultime si conformasse sulla tutela del primo, nel senso di modellare su di essa il proprio istituto nelle sue basi fondamentali e nella sua ragion d'essere. D'altra parte, questa asserzione d'Ulpiano noi non possiamo con ragioni convincenti repudiare.

Digitized by Google

Il concetto caratteristico di azione confessoria non è facilmente comprensibile, se non si pone a riscontro quest'azione colla negatoria che le serve di complemento e di contrapposto ad un tempo. Vi fu chi volle distinguere le due azioni per il modo come la formula era concepita nella sua *intentio*. L'*actio negatoria*, detta anche *negativa* (§ 2, *Inst. giust.* 4, 6, l. 5 pr., Dig. 7, 6) e *contraria* (L. 8 pr., Dig. 8, 5), sarebbe diretta alla rivendicazione di un diritto negativo o di proibizione, sia che derivi dalla libera proprietà, sia che derivi dalla servitù: mentre l'*actio confessoria* avrebbe per iscopo la rivendicazione di un diritto positivo o affermativo sia della servitù, sia della naturale libertà della proprietà: per la qual cosa la formola della confessoria sarebbe — *aio ius mihi esse ire, agere, aedificare, altius tollere aedes meas, tignum immittere in vicini aedes*, ecc. — mentre formola della negatoria dovrebbe essere — *aio ius tibi non esse ire, agere, aquam ducere, altius tollere*, ecc. — Così si spiegherebbe come nel § 2, *Inst. giust.* 4, 6, nell'ipotesi di azione *ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi*, si dica che l'*actio de iure praediorum urbanorum* è *eiusdem generis* come nel caso di pretesa *ius sibi esse altius tollendi, prospiciendi, proiiciendi, immittendi;* e che vi sono altre *actiones in rem*, ma *negativae*, date per l'usufrutto e per le servitù prediali a un tempo, nel caso che l'*intentio* risponda allo *ius non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, altius tollendi, prospiciendi, proiiciendi, immittendi.* Ma fu trovato illogico che si accordasse l'*actio confessoria* per la rivendicazione della naturale libertà di alzare l'edifizio (mentre sembra più logico accordare in tal caso l'*actio negatoria*, quando il vicino in qualche modo contraddica all'esercizio di un tal diritto) e la *negatoria* per la rivendicazione della *servitus altius non tollendi* (per la quale sembra invece più adatta la *confessoria* se il vicino contrasta l'esercizio). ULPIANO nella l. 2 pr., Dig. 8, 5, in sostanza, non farebbe che comprovare questo sistema, accordando la confessoria a colui che pretende di esercitare la servitù sopra di un fondo, e la negatoria al proprietario del fondo che dovrebbe sopportare l'esercizio di una tale servitù.

Digitized by Google

Ma si obbietta che sarebbe stato mal fatto in un libro di Istituzioni designare per le semplici espressioni della formola la differenza fra due azioni così profondamente tra loro diverse nella sostanza, quali la confessoria e la negatoria; che lo *ius altius tollendi* può spettare così grazie alla naturale libertà di un fondo, come grazie alla servitù costituita a favore di quel fondo. Le obbiezioni per verità sembrano di poco peso. Anzitutto nulla di più semplice e di più pedagogico del dare agli scolari una chiave per una distinzione importantissima, fondandola sopra una formula di parole, la cui intelligenza non porta difficoltà di sorta: del resto i compilatori delle Istituzioni certamente, parlando dello *ius non altius tollendi* (e, notisi bene, non dello *ius altius tollendi*, ch'è una delle facoltà inerenti allo *ius proprietatis*, se pure non urta contro un limite di distanza: nel qual caso cozza colla servitù attiva di distanza, spettante al vicino), intesero alludere alla *servitus altius non tollendi*, che è anch'essa uno *ius* e che può considerarsi tanto dal punto di vista di chi afferma, quanto dal punto di vista di chi nega l'esercizio di essa. E, se dissero *ius* in luogo di *servitus*, si fu tanto per evitare la distinzione tra servitù attiva e servitù passiva, quanto perchè, trattandosi *de actionibus*, non era il caso di esorbitare tanto dal campo procedurale, da invadere assai profondamente il trattato dei diritti reali.

Non è dunque punto necessario di complicare il sistema del diritto romano, sol per giustificare eventualmente di seguire un sistema diverso. Chi rivendica la naturale libertà di alzar l'edificio ha un'azione confessoria secondo il diritto romano? Le *Istituzioni* rispondono che, se il proprietario di una casa pretende avere il diritto di sollevarla di più malgrado la vicinanza di altre case, gli spetta l'azione positiva o *confessoria, altius tollendi;* che se invece un proprietario pretende che il suo avversario non abbia il diritto *altius tollendi*, gli spetta l'azione negativa o *negatoria, altius non tollendi;* come risulta e deve risultare necessariamente dal modo col quale è concepita l'*intentio* della formula rispettiva. Certamente, se due formole si hanno, positiva l'una e l'altra negativa, le quali attengano entrambe all'esercizio delle servitù *altius tollendi*, non possono prendersi in signi-

Digitized by Google

ficato diverso, fuorchè riferendo la prima alla *confessoria* e la seconda alla *negatoria*. Ma, a parte tutte queste considerazioni, vi è un ostacolo non lieve, che fu bene adombrato dal D'AVEZAN nella *pars* VII, cap. 2, del suo *Servitutum liber* (1), richiamando TEOFILO nel luogo corrispondente della parafrasi greca alle *Istit. giust.*, là dove dice che talvolta un'azione, la quale per le parole in essa adoperate è confessoria, in effetto equivale ad un'azione negatoria, e per contrario alle volte un'azione che secondo le parole colle quali è concepita è negatoria, è invece confessoria sostanzialmente. Per esempio, quando si agisce per esercitare lo *ius altius tollendi* contro una pretesa del vicino diretta ad esercitare il diritto di servitù *altius non tollendi*, si avrebbe un'*actio negatoria*, benchè concepita in forma affermativa: e viceversa, quando taluno pretende di avere la servitù *altius non tollendi* contro un vicino, si ha l'*actio confessoria* ancorchè concepita in forma negativa. Ma TEOFILO assai probabilmente non ha voluto dire questo.

Colui che pretende di esercitare contro il vicino il diritto attivo di *servitus altius non tollendi* non si muove evidentemente, nè pensa di far valere in giudizio azioni di sorta, se prima non vede che il suo vicino *altius tollit;* ed allora è ben naturale che ricorra alla *intentio: aio ius tibi non esse altius tollere*, ecc. Questa è azione *negatoria* della più pura acqua; *negatoria petitoria*, cioè negatoria del pieno esercizio della proprietà del vicino nel senso dell'*altius tollere*. L'affermazione del proprio diritto di servitù attiva *altius non tollendi* non costituisce già lo scopo dell'azione, ma il mezzo dell'azione stessa; è un mezzo come un altro per raggiungere una finalità procedurale, di cui per sè assolutamente non è fine. Senza dubbio poi quello ch'è il mezzo per negare il pieno esercizio della proprietà è anche la conseguenza a sua volta di una tale negazione, qualora venga sanzionata dal giudice: in altri termini l'affermazione della servitù è la conseguenza della negazione del pieno esercizio della proprietà. Nella qual cosa non vi è incongruenza nè petizione di principio o circolo vizioso. Viceversa, quando

(1) V. *Thesaurus* del MEERMANN, vol. 4, pag. 199.

Digitized by Google

io pretendo di esercitare il diritto *altius tollendi* in forza del mio diritto di proprietà; se questo esercizio venga a me conteso dal vicino in un modo qualsiasi (p. es. diroccando la mia sopraelevazione o altrimenti molestandomi in modo simile alla turbativa del possesso, ma con intendimenti che entrano nella sfera del petitorio), allora io chiedo al giudice che dichiari — *ius mihi esse altius tollendi* — ed esperisco perciò l'azione *confessoria petitoria*, ossia l'azione confessoria della mia proprietà, citando l'avversario a confessare che io ho tutto il diritto alla sopraelevazione in virtù del mio diritto di proprietà e chiedendo al giudice che, rifiutandosi il convenuto ad una tale confessione, il riconoscimento del mio diritto avvenga col suo ministero e per virtù dell'autorità sua. Poste così le cose, praticamente senza dubbio sarà più frequente la *negatoria* della *confessoria:* appunto perchè è più facile che il vicino ci molesti con una sopraelevazione sua, anzichè ostacolando una sopraelevazione nostra. Ma, poichè nel caso che il vicino *animo servitutis* (ossia con animo di contrastare il pieno esercizio della nostra proprietà) rechi molestia alla nostra sopraelevazione, un'azione di manutenzione nel possesso sarebbe troppo poco, nè risolverebbe la questione completamente (perchè renderebbe possibile sempre al vicino molestante di sperimentare in giudizio mercè la *negatoria*, quasi come *confessoria contraria*, verso di noi, le stesse pretese che anteriormente egli aveva contro di noi manifestate con una semplice molestia di possesso); per tal ragione si è riconosciuto opportuno di ammettere la *confessoria* diretta per risolvere nettamente la questione in sede petitoria. E probabilmente per questo meccanismo ha potentemente influito la somiglianza con le stesse azioni accordate per l'usufrutto: dal momento che appunto l'*actio confessoria* nell'usufrutto, rivolta contro colui che ha il possesso e la proprietà della cosa sottoposta all'usufrutto, ha lo scopo pratico di ottenere quel tanto di facoltà dirette sulla cosa, che, salvo ogni altro diritto del proprietario o di altri sulla cosa stessa, si mostrino indispensabili per l'esercizio del diritto di usufrutto. Non bisogna far le meraviglie, se, anche nel diritto romano, noi intendiamo di richiamare le costruzioni teoriche sul terreno della pratica esplicazione degli istituti giu-

Digitized by Google

ridici: senza di che il diritto romano sarebbe una palestra di vuote ciancie prive di costrutto. Se TEOFILO ha detto che l'azione negatoria talvolta ha l'effetto di confessoria e la confessoria ha la forza di negatoria, queste affermazioni non hanno nulla che discordi dalla nostra interpretazione e non contraddicono punto alla distinzione sanzionata nelle istituzioni giustinianee in base all'*intentio* della formola: altrimenti la distinzione tra azione confessoria e azione negatoria sarebbe del tutto vuota di senso. Per dare alla distinzione stessa un senso qualsiasi nel meccanismo della procedura romana, poichè entrambe sono dirette nè si ritorcono in contrario (la qual fermezza e univocità delle loro funzioni afferma ancor più, se è possibile, lo spiccato contrasto tra l'una e l'altra di esse), è d'uopo considerarle in ordine e in rapporto alla proprietà e non già alla servitù.

Per questo e non per altro esse sono considerate come azioni petitorie: il loro punto di partenza è la proprietà del fondo e la proprietà è il loro punto di arrivo; l'esistenza o inesistenza della servitù non è se non la conseguenza necessaria della dichiarazione e del provvedimento sulla proprietà. Senza questo nesso colla proprietà, la servitù non potrebbe neppure indirettamente avere una tutela petitoria: e appunto perchè un tal nesso c'è e perchè di fronte alla servitù la proprietà mantiene, sempre, senza mai smentirsi, un carattere prevalente (ciò risulta appunto dalla stessa definizione della servitù), per affermare la servitù è d'uopo negare la pienezza della proprietà, quanto agli effetti ai quali la servitù stessa si riferisce; e, per negare la servitù per certe determinate utilità del preteso predio serviente, è indispensabile anche in ordine a siffatte utilità raffermare l'estensione e la portata del diritto di proprietà.

Ciò posto, e tenuto fermo il contenuto del § 2, *Instit. giust.*, 4, 6, nella sua aurea semplicità, sembrerebbe che non vi fosse bisogno nè di altra confutazione nè di altra discussione, su questo proposito. Ma, per quell'istinto che vi è nei critici del diritto romano di complicar tutto, convertendo la critica in un vaniloquio ipercritico, per poco che taluno dia esca alla discussione magari con ipotesi soverchiamente azzardate, si trasse argomento dall'espansione dell'*actio negatoria* nella

Digitized by Google

pratica per la glossa accursiana a qualsiasi turbativa del diritto del proprietario e dall'espansione che a quell'azione volle dare il SEITZ considerandola con la *confessoria* non come mezzo giuridico a sè ma come una qualità dei mezzi giuridici come sistemi di protezione accordati ad ogni diritto; si trasse, dunque, partito da queste esorbitanze per togliere ogni ragion d'essere e ogni significato alla distinzione tra confessoria e negatoria in base all'*intentio* della relativa formola. Il che conduce a sconvolgere tutto il sistema di queste azioni in una promiscuità impossibile e sbalorditoria; il tutto per non voler riferire quelle due azioni alla proprietà, come vedemmo poco fa doversi adoperare. Del resto, quanto al tentativo di universalizzazione procedurale, fatto dal SEITZ, del concetto di *confessoria* e *negatoria actio* a tutte le posizioni in cui si domanda la tutela di qualche diritto al magistrato, è agevole il dimostrare che il dubbio al più può riguardare la loro ammissione in caso di altra turbativa alla proprietà che non derivi dalla pretesa dell'esercizio di una servitù: ma che, dove non vi è contrapposizione di diritti dei quali l'uno renda incompatibile l'altro nel rispettivo esercizio, sarebbe inutile chiedere all'avversario o al giudice o una negazione o un'affermazione a seconda dei casi. Quanto alla *glossa magna*, nell'ammettere queste due azioni per ogni turbativa del diritto del proprietario, certamente provocava una confusione tra petitorio e possessorio, benchè il possesso si trovasse compenetrato nelle piene facoltà del diritto del proprietario. Infatti non vi sono che due specie di turbative, di cui può esser vittima il proprietario che trovasi nel pieno esercizio della sua proprietà e quindi anche nell'esercizio del possesso che vi è contenuto: quelle turbative che sono dirette a diminuire appunto il contenuto del diritto di proprietà, nella sua estensione potenziale e nel suo significato obbiettivo (e queste sono dette impropriamente turbative e si traducono nelle pretese dell'esercizio della servitù); e quelle altre turbative le quali attaccano invece il possesso in qualche sua manifestazione, anche se l'esercizio di esso è direttamente goduto ed esplicato dal proprietario, e contro le quali sono accordati i rimedi possessori. Queste ultime sono le vere turbative delle quali il proprietario può esser vittima nell'eser-

Digitized by Google

cizio del possesso ch'è incorporato nella sua piena proprietà; le altre non sono turbative semplici, ma feriscono il diritto potenziale del proprietario nella sua integrità sostanziale e nella sua base organica, fin quasi a cambiarne la struttura. Le pretese di una servitù, poste e considerate in collisione coll'affermazione del pieno diritto di proprietà libera, non possono ripromettersi il loro esito procedurale e la loro tutela giuridica da mere e semplici azioni possessorie: queste sarebbero del tutto inadatte allo scopo e lascierebbero sempre accesa la questione circa la interezza o la menomazione del diritto del proprietario. Ecco perchè, mentre la *glossa magna* forse per economia di giudizi ha voluto assorbire il possessorio nel petitorio commettendo una grave inesattezza che sconvolge una delle parti più interessanti nel tecnicismo delle azioni in diritto romano, ossia la distinzione tra la tutela petitoria e la tutela possessoria: una forse altrettanto improvvida reazione nel campo della dottrina ha condotto, da una parte, alla demolizione della formola e quindi dell'azione data a tutela della servitù; e, dall'altra, per non meno improvvida quantunque isolata reazione, siamo giunti alla eliminazione di ogni concetto caratteristico nelle azioni petitorie accordate a tutela della servitù, e alla estensione arbitraria del concetto di negazione e di confessione a qualunque specie di azione, in base ad un generico quanto vacuo dualismo nel modo di formulare una stessa pretesa, prescindendo dalla natura dell'azione e della causa che vi dà origine.

Così dapprima si confuse la turbativa possessoria colla pretesa petitoria o anti-petitoria; quindi si disse che la negazione o l'affermazione della formola erano concetti privi di valore di fronte al concetto di servitù, considerando questo isolatamente e come se non avesse un nesso necessario e immanente col concetto di proprietà: e infine si disse che il negare e il confessare potevano essere forme d'intimazione tanto per la servitù quanto per ogni altro diritto, anche non reale, e con applicazione a qualsivoglia specie d'azione. Una aberrazione logicamente ne trae con sè una quantità di altre, finchè non è vuotata la coppa delle assurdità: e quindi è necessario di tenersi sin dal principio nei limiti delle deduzioni giuste. Le due azioni delle quali ci occupiamo, secondo

Digitized by Google

le fonti nostre, erano date per l'usufrutto e per le servitù prediali soltanto: nè possiamo coll'immaginazione generalizzare l'ipotesi dei testi, senza neppure un inciso che dia ragione ad una tale affermazione. Neppure l'editto pretorio, con tutta la facilità che aveva di estendere i rimedi giuridici e gli istituti in genere da caso a caso, giunse a questo, di adottare l'*actio confessoria* e la *negatoria* alla tutela di diritti che avessero rapporto o collisione colla proprietà, quando e benchè non si trattasse di diritti di servitù.

132. Dal punto di vista storico, è importante il rapporto tra servitù e diritti reali, anche per l'attinenza che questa distinzione e questo rapporto possono avere colla origine e colla estensione dell'*actio confessoria* e della *negatoria*. A prima vista infatti, e partendo dal nostro stesso ragionamento, se la giustificazione dell'indole petitoria di queste due azioni consiste nel rapporto che i diritti di servitù, alla cui tutela esse sono ordinate, hanno di necessità logica e giuridica col diritto massimo di proprietà, sembra che questo stesso ragionamento debba estendersi a tutti i diritti reali. La qual cosa coinciderebbe con ciò, che i diritti di servitù prediale debbono forse ritenersi come i primi diritti reali di cui si abbia traccia nella storia giuridica, cronologicamente parlando; perlocchè, nello sviluppo successivo dei diritti reali, siansi dovute poi mantenere le stesse azioni anche per i diritti reali di nuova derivazione da quei primitivi. Ma noi sappiamo che il procedimento di specificazione degli istituti giuridici è sottoposto ad una legge complicatissima, la cui portata è designata da un grandissimo numero di fattori, nel cui novero principalmente vuolsi includere la forza che ha ciascun istituto di mantenere un proprio tipo costante. E allora più che di specificazione dell'istituto originario è forse il caso di parlare di nuovi istituti, che, per forza di affinità funzionale o strutturale, sono pullulati a imitazione del primo, pur senza essere il prodotto di una trasformazione intima di esso istituto: d'istituti insomma che sarebbero sôrti al difuori e piuttosto per un procedimento di storia esterna, benchè con sintomi di analogia a quel primo istituto. Il che deriva da ciò che quell'istituto antico abbia in sè tal nota caratteristica e

Digitized by Google

completa, che piuttosto trova di amalgamarsi e di assorbirsi nella proprietà, anzichè di generare altri diritti, i quali invece son destinati a mantenersi costantemente all'infuori della proprietà stessa.

Nelle servitù prediali ed anche nell'usufrutto si verifica appunto che la loro struttura non si lascia trascinare dalle funzioni che per avventura possono essere in parte comuni con altri istituti o da questi imitate o appropriate a sè. Le servitù prediali resistettero a quel fato, ch'è comune a molti istituti giuridici, della trasformazione interna e dello adattamento multiforme; perchè in esse si trovò veramente una particella di proprietà, la quale per la loro esistenza, pur cessando di essere lo *ius optimum maximum* sulla cosa, non cessa per questo di essere proprietà. Quindi quando noi diciamo che le servitù vogliono storicamente e cronologicamente considerarsi come i primi diritti reali, non intendiamo già che le servitù siano della natura stessa dei diritti reali posteriori (enfiteusi, superficie, ipoteca); ma soltanto che il bisogno della sistemazione della proprietà richiese dapprima soltanto la vita delle servitù come istituti diretti all'esplicazione dei rapporti di vicinanza. Infatti, se si pone la struttura della servitù allato a quella degli altri diritti reali, si riscontra una differenza enorme tra l'una e gli altri: la servitù ha questo di particolare che, sfruttando una data utilità di un fondo, intacca la proprietà del fondo stesso nella sua interezza, fin quasi a dimostrarsi una comproprietà (parziale per quella data utilità alla quale si riferisce) di esso fondo, e nel suo esercizio rivela delle facoltà e dei poteri della stessa specie di quelli che formano il contenuto del possesso. La estensione della servitù sul fondo che la soffre è minore dell'enfiteusi e della superficie e specializzata ad un dato godimento, ad un dato sfruttamento del fondo serviente: mentre questi due diritti reali si presentano soprattutto come sistemazione di tutte quante le utilità, e non di una o più sole, che possono ricavarsi sulla cosa propria dal proprietario di essa. E l'enfiteusi e la superficie si presentano in tutto come diritti di proprietà utile: nel senso che, dato lo sfruttamento dell'enfiteuta o del superficiario, nulla più resta al proprietario da godere direttamente sulla cosa propria, dalla quale non ha

Digitized by Google

tratto o non trae periodicamente altra utilità, da quella infuori che risulta dal corrispettivo della concessione da lui fatta al superficiario o all'enfiteuta: un godimento insomma non reale od oggettivo, direttamente e senza intermediari, ma derivante dalla convenzione che ha servito di base alla trasmissione del diritto stesso.

Invece, malgrado la costituzione di una o più servitù sulla cosa propria, il proprietario di questa continua ad avere sulla cosa stessa un vero e proprio diritto di sfruttamento diretto e oggettivo sulla cosa: diritto la cui estensione è bensì limitata dall'esercizio del diritto di servitù, ma che non si converte mai intieramente nel corrispettivo patrimoniale o pecuniario contrattuale della concessione della servitù medesima, appunto perchè il carattere del diritto di proprietà deve essere e rimanere permanente sempre. Quanto poi all'ipoteca, il diritto che per la costituzione di essa ne viene al titolare non è punto un diritto allo sfruttamento, ma un diritto di esplicazione eventuale della propria garanzia sulla cosa.

Per queste ragioni noi diciamo che gli altri diritti reali diversi dalle servitù non sorsero già per evoluzione dell'istituto delle servitù, col quale nulla hanno nè possono avere di comune; ma soltanto come evoluzione del concetto di proprietà, o, piuttosto, come utilizzazione indiretta che delle utilità del fondo fa quello stesso proprietario, il quale, invece di sfruttare direttamente (come potrebbe) il fondo stesso, si limita a ricavarne un guadagno pecuniario, accordando invece lo sfruttamento diretto ad altri di *tutte* le utilità che quel fondo stesso produce: talchè il concessionario, pur senza essere il proprietario del fondo, ne trae tutti quei vantaggi diretti che ne trarrebbe il proprietario, quasi come padrone del dominio utile così nell'enfiteusi come nella superficie. Quindi questi diritti sorsero dalla proprietà e nel tempo stesso furono altrettante fasi della evoluzione utile della proprietà stessa; mentre le servitù seguivano la loro storia e il loro svolgimento dai rapporti di vicinanza, che non entrano per nulla nè nell'enfiteusi nè nella superficie. Le azioni procedurali accordate a tutela della servitù dovevano quindi, a differenza delle azioni accordate a tutela degli altri diritti reali, presentare questo di particolare, che esse non tendessero già a

Digitized by Google

sopraffare ma soltanto a limitare, anche nell'esercizio pratico, quel diritto di proprietà del quale non rappresentavano se non un parziale sfruttamento per una utilità determinata. Data questa differenza di struttura e di contenuto tra le servitù e gli altri diritti reali, non deve meravigliare che agli altri diritti reali non venissero adattandosi quelle azioni che delle servitù prediali e dell'usufrutto costituivano la tutela giuridica: per quegli altri diritti reali altri rimedi potevasi escogitare e mettere in opera, nè noi dobbiamo qui esaminare quali questi rimedi fossero e se oltre ai rimedi possessori vi fosse ordinata anche l'*actio iniuriarum*.

133. Eliminate queste non piccole difficoltà preliminari che possono far nube all'esatta intelligenza del concetto di azione confessoria, è d'uopo esaminare più intimamente la natura e la struttura dell'azione stessa. Quando taluno sconosce l'esistenza di un diritto di servitù cui altri pretende, e la sconosce non sotto forma di dichiarazione platonica ma coi fatti, allora colui che pretende a quel diritto di servitù promuove contro l'altro (direttamente, s'intende) l'*actio confessoria*. Quest'azione poi può essere promossa utilmente dal creditore pignoratizio, dall'enfiteuta, dal superficiario, perchè tutti costoro sono cointeressati più o meno direttamente col proprietario del fondo che pretende alla servitù stessa: essa tende al riconoscimento della servitù di cui si tratta, e al riconoscimento pratico di essa, giungendo sino al rifacimento del danno prodotto dalle turbative sino allora subìte da un canto, e dall'altro sino alla prestazione di opportuna cauzione per allontanare il pericolo delle turbative future. Inoltre è certo che l'*actio confessoria* si possa esercitare contro chiunque e non soltanto contro il proprietario del fondo serviente (1), purchè la persona contro la quale si esercita l'azione stessa siasi opposta all'esercizio di servitù da parte di colui che pretende avervi diritto, e vi si sia opposta in modo tale che apparisca avere egli voluto contrastare sul serio un diritto siffatto. Comechè a prima vista non sembri, pur questo fatto del concedersi l'azione confessoria anche contro il non pro-

(1) L. 5, § 1, Dig. 7, 6; l. 6, § 3; l. 10, § 1, Dig. 8, 5; l. 25, Dig. 43, 20.

Digitized by Google

prietario del fondo serviente che si opponga all'esercizio della pretesa servitù importa considerazioni non lievi dal punto di vista procedurale: ed è che, se pur tuttavia si mantiene il carattere di reale ad un'azione la quale può esser rivolta anche contro il non-proprietario del fondo serviente, questa realità s'impernia e si concentra tutta nel fondo dominante, senza dubbio; perchè, data la destinazione naturale e convenzionale del fondo dominante, una tal forma di servitù (anche se *tigni immittendi*) apparisce necessaria al pieno esercizio della proprietà sul fondo stesso dominante. Se dunque il proprietario del fondo dominante non ha da lottare col proprietario del fondo serviente, ma con un turbatore estraneo, ben è logica e opportuna la formola — *aio ius mihi esse ire, agere*, ecc. —, poichè non potrebbe esser concepibile una formola che riguardasse la negazione della libertà del fondo serviente, che nella maggior parte dei casi l'autore delle molestie non ha intenzione di affermare direttamente nè principalmente. Costui può essere magari un concorrente coll'attore in *confessoria* nell'esercizio di un diritto di servitù, della stessa natura e avente per obbietto lo stesso sfruttamento, sul medesimo fondo serviente: ed è ben naturale che in tal caso abbia un interesse contrario al nostro e cerchi di impedirci in qualche modo di conseguire il beneficio della servitù corrispondente.

Riportando la nostra attenzione sul tipo della confessoria — *aio ius esse mihi aquam ducendi*, e *aio ius esse mihi tigni immittendi* —, è opportuno far vedere che entrambe queste formule tendono al riconoscimento della proprietà del fondo dominante, nelle sue estrinsecazioni complementari dell'*aquam ducere* e del *tignum immittere:* come se queste *servitutes* fossero una manifestazione dello *ius proprietatis* ed un'estrinsecazione della potenza attiva del proprietario anche fuori del circuito territoriale del suo fondo. Per la servitù *altius non tollendi* evidentemente la *confessoria* non si attaglia quanto la *negatoria*, rivolta questa ultima contro chi *altius tollit, iure proprietatis;* ma, se sorgono turbative (e le vedemmo possibili) all'*altius tollendi*, queste sono della stessa natura delle turbative al *tigni immittendi*, e come le turbative al *tigni immittendi*, combattute dall'*actio confessoria*, rap-

Digitized by Google

presentano violazioni del diritto di proprietà, il cui esercizio non potrebbe esser pieno ed intiero, avuto riguardo allo scopo e alla destinazione, senza la sopraelevazione e l'immissione della trave, benchè la sopraelevazione non intacchi e l'immissione della trave intacchi la proprietà e la disponibilità corporale del fondo serviente. L'assimilazione pertanto di queste due ipotesi, le quali esteriormente hanno una conformazione ben diversa, combinata colla circostanza che la confessoria può esser rivolta anche contro persona diversa dal proprietario del fondo serviente, conduce naturalmente, inappuntabilmente alla constatazione che, se vi è qualche traccia di petitorio in quest'azione, il petitorio, latamente esteso anche alle facoltà che sono inerenti all'esercizio della proprietà secondo la destinazione del fondo sul quale la proprietà stessa si esercita, non può riguardare che il fondo dominante, di cui si deve confessare l'espansione fino allo sfruttamento, in un grado maggiore o minore, del fondo serviente.

Sappiamo che vi è una giurisprudenza, la quale prescrive che colui il quale reclama un diritto di servitù, sia pure col mezzo della confessoria, non può al tempo stesso reclamarlo per titolo di proprietà: poichè i due titoli sono tra loro ripugnanti e contraddittori. È bene peraltro sapere intendere anche questo modo di dire, questa deduzione. Certamente, se io chieggo il riconoscimento del mio diritto di proprietà, senz'altro, sul mio fondo, la mia domanda è indeterminata e insufficiente: se io lo chiedo sul fondo serviente, è inesatta e priva di fondamento, perchè il fondo serviente spetta ad altro proprietario. Ma io potrei esprimere la prima domanda in modo diverso: nel senso cioè che sia riconosciuto il mio diritto di proprietà in tutte le sue estrinsecazioni anche oltre la sfera del semplice circuito territoriale, e nelle manifestazioni che lo completano in rapporto e perfino in contatto con altre proprietà. S'intende che la mia domanda dev'essere diretta all'esercizio della servitù, in quanto questa serve all'esercizio della proprietà di cui chieggo il riconoscimento (*confessione*) estensivamente a tutte siffatte facoltà esterne, e, diremmo quasi, estraterritoriali. Quella giurisprudenza, nel rilevare la ripugnanza e la contraddizione tra il

Digitized by Google

titolo di proprietà e quello di servitù, non intende già di riferirsi al fondo dominante, ma al fondo serviente, sul quale nessun diritto di proprietà, in modo alcuno, spetta al proprietario del fondo dominante: e questo si comprende agevolmente e non contrasta punto con qualsivoglia confessione che abbia riferimento al fondo dominante e all'estrinsecazione di quel dominio sul fondo serviente. Nell'azione confessoria l'attore deve provare che esiste la servitù della quale egli domanda il riconoscimento e che questa servitù fu lesa da un atto o fatto di colui contro il quale l'azione è rivolta. Si noti che, essendo la servitù indivisibile, la confessoria deve essere sperimentata per intiero contro uno dei condomini del fondo serviente. Per provare che esiste la servitù potrà avvalersi di tutti i mezzi di prova della costituzione della servitù stessa, abbia questa avuto luogo per prescrizione acquisitiva o per titolo: il miglior mezzo di prova evidentemente è quello che risulta dal titolo, dappoichè non è molto facile provare il lungo uso di un diritto frazionario del diritto di proprietà. Ma, ottenuto coll'azione confessoria il riconoscimento del suo diritto alla servitù, può dirsi che il proprietario del fondo dominante abbia fatto tutto e conseguito tutto, tanto da poter rimanere proprio tranquillo sul pacifico riconoscimento ed esercizio del suo diritto per l'avvenire? No certamente; se si guarda la cosa dal punto di vista pratico, la confessoria conduce più che altro ad un riconoscimento platonico del diritto, presa così in sè stessa e senza alcun accompagnamento di cautele o cauzioni in chi è costretto al riconoscimento stesso. Una parte pratica ha pure la decisione della controversia in senso favorevole alla azione confessoria: e questo lato pratico consiste appunto nel facilitare per l'avvenire l'esito di ogni azione nuova, specialmente se possessoria, in ordine alla tutela della servitù. Poichè, pur restando fermo che tra il campo petitorio e il possessorio la legge e la giurisprudenza hanno innalzato un muro altissimo, resta tuttavia tra l'uno e l'altro quella affinità che sorge dalla logica inesorabile delle cose. Se un giudice ha, con regolare giudicato, riconosciuto l'esistenza di una servitù attiva a favore del fondo *A* e sul fondo *B*, come potrà lo stesso od altro giudice, prendendo in esame

Digitized by Google

la controversia anche dal lato meramente possessorio, rifare all'indietro la storia dei due fondi e della servitù che tra essi intercede, senza arrestarsi alla sentenza del petitorio? Si comprende: procedendo ancora all'indietro, egli incapperebbe nell'ostacolo della cosa giudicata. Ma, si può riprendere, che cosa importa al giudice del possessorio quello che abbia deciso il giudice del petitorio; anche se possessorio e petitorio sono diretti alla constatazione o alla legittimazione di una medesima servitù? Noi non siamo di questa opinione, perchè non crediamo che la logica del diritto costituisca una deroga alla logica del buon senso. Supponiamo questo caso. Tizio agisce con la confessoria contro Caio per ottenere da esso il riconoscimento del diritto di servitù di passaggio dal suo fondo attraverso il fondo del vicino; il magistrato riconosce che veramente il diritto esiste e obbliga Caio a riconoscerlo, a confessarlo. Dopo un anno, passata in giudicato questa sentenza e senza che avvenga alcunchè di nuovo, Caio cita Tizio in possessorio, lagnandosi della pretesa usurpazione di un diritto di servitù e chiedendo provvedimenti contro le turbative al suo possesso, che per lui rappresentano altrettanti abusi del vicino e non hanno il suffragio della legalità.

Il magistrato, essendo chiamato a decidere, se da Tizio gli è posta sotto gli occhi la sentenza del primo magistrato in sede petitoria e se Tizio dimostra che da allora in poi egli non ha fatto se non esercitare il diritto di servitù in lui riconosciuto appunto nella sede petitoria e nessuna novità è intervenuta a cambiare lo stato delle cose, potrà dissimulare a sè stesso ed agli altri, con ipocrisia velata di legalità procedurale, che l'azione di Caio non è se non un'azione cavillosa o emulativa o comunque priva di giuridico fondamento? Noi crediamo assolutamente che debba rispettare la cosa giudicata in tutta l'estensione del suo significato, anche per i rapporti che l'azione per la quale intervenne può avere con altre azioni prospettanti l'*eadem res* e l'*eadem causa petendi*, considerata questa come scopo pratico della controversia; e ciò anche se non sono le stesse persone che prima contesero quelle che contendono ora, ma altre succedute alle prime nella proprietà dei fondi, tra i quali intercede un diritto reale che per questo lato rende superflua e anzi peri-

Digitized by Google

colosa la considerazione delle persone, pur nei rapporti della cosa giudicata, la quale esiste sempre grazie appunto alla realtà del rapporto. Dicendo che la cosa giudicata deve intervenire tra le medesime persone, s'intende sotto questa identità personale comprendere anche gli eredi ed aventi causa dalle persone originarie: altrimenti vi sarebbe facile mezzo per eludere l'efficacia e le conseguenze della cosa giudicata, alienando il fondo e rendendo così possibile l'applicazione di una logica che lo stesso buon senso condannerebbe e che il diritto non potrebbe approvare, senza dubbio. Il petitorio e il possessorio, quando abbiano per fine diretto (immediato) o contrario (mediato, attraverso cioè la libertà del fondo), positivo o negativo, il contenuto di servitù, di cui si tratti affermare od escludere l'esistenza, non sono che due faccie di uno stesso prisma: l'azione possessoria è diretta a conseguire un fine passeggero e transitorio (ma che può prolungarsi indefinitamente e condurre anche ad una stabilità relativa che confini col fine dell'azione petitoria); la petitoria è diretta ad una dichiarazione piena e completa, la cui efficacia non ha limiti o non ha limiti diversi da quelli che può avere la proprietà o i diritti che la frazionano, e la durata delle cui conseguenze (quanto all'esercizio della servitù di cui si tratta) si può ritenere perenne. Occorre pertanto dare i mezzi perchè questo riconoscimento petitorio non resti lettera morta, almeno per quanto riguarda i suoi rapporti col possessorio: altrimenti sarebbe del tutto inutile avere ordinato in modo speciale quest'azione confessoria.

134. Si dice che l'azione confessoria è data anche come publiciana per chi vuol rivendicare, o, meglio, chiedere in sede petitoria il riconoscimento di un proprio diritto di servitù. Che l'azione confessoria possa essere proposta come publiciana vollero ricavare dalla l. 11, § 1, Dig. 6, 2, e dalla l. 1, § 2, Dig. 8, 3: nella prima delle quali ULPIANO, commentando l'editto, ammette la publiciana per l'usufrutto e per le servitù de' predii urbani, costituite per tradizione o *per patientiam* ed anche per le servitù dei predii rustici; per la seconda lo stesso ULPIANO, nelle sue Istituzioni, afferma che la *traditio* e la *patientia servitutum* richiamano l'inter-

Digitized by Google

vento del Pretore. Il primo di questi due frammenti, si dice, non parla del caso di costituzione di servitù da parte del non proprietario, ma del caso di costituzione in forma insufficiente pel diritto civile, in mancanza cioè di *mancipatio* e di *in iure cessio*, cioè a mezzo di semplici *pactiones et stipulationes* ed anche senza bisogno di tradizione; nè i passi relativi alla tradizione riferirsi alla tradizione come presupposto della *publiciana confessoria*, bastando la *bonae fidei possessio* per creare la servitù (e secondo taluni pochi scrittori anche un possesso di mala fede), a tutela della quale la *publiciana* stessa è accordata. La l. 11, § 1, cit., accorda la publiciana per il caso che si tratti o *de usufructo tradito*, o *de servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam*, o *de servitutibus rusticorum praediorum* costituite nello stesso modo: quindi, se non v'ha tradizione, deve esservi la *patientia* qual mezzo costitutivo della servitù; e appunto il giureconsulto conclude che deve in materia di servitù accordarsi egual protezione e alla tradizione e alla *patientia*, ossia alla tolleranza degli atti implicanti esercizio della servitù. Questi due mezzi di costituzione del rapporto di servitù, già ai tempi del Pretore, dovevano esser divenuti ormai soverchianti sui vecchi mezzi, scomparsi o quasi scomparsi, della *mancipatio* e della *in iure cessio:* quindi, se una protezione pretoria nuova occorreva per la tutela dell'esercizio della servitù, non altra questa poteva essere all'infuori di un mezzo diretto a render valida ed efficace una servitù costituita in forma diversa. Dunque da questo frammento risulta che non in tutti i casi di costituzione della servitù il Pretore accordava il rimedio della publiciana; ma che questa solo accordavasi nei due casi sopraddetti, i quali a quell'epoca potevano anche essere i casi più frequenti e più comuni nella pratica. Quanto al secondo frammento, questo indubbiamente completa il primo, del quale è concepito anzi negli stessi termini: permodochè ogni dubbio è escluso sull'applicabilità della *publiciana*.

Si domanda se l'*actio publiciana* fosse stata introdotta esclusivamente per le servitù e la tutela loro; e la risposta è che quest'azione fu introdotta per evitare che gli espedienti del possessorio (e singolarmente gli *interdicta retinendae*

Digitized by Google

possessionis) potessero pregiudicare l'usucapione già incominciata a decorrere e che avrebbe potuto autorizzare una rivendicazione contro il possessore stesso. Il diritto sostanziale della publiciana era, come a dire, compenetrato e quasi virtualmente compreso nel germe della *vindiciarum dictio* nel procedimento delle *legis actiones*, ossia nell'aggiudicazione preliminare del possesso provvisorio della cosa, con criteri misti di petitorio e di possessorio, cioè propriamente in modo che il possesso servisse di mezzo all'acquisto di proprietà per usucapione o, meglio, per prosieguo di quell' usucapione la quale era già cominciata a decorrere. Così nella *petitio hereditatis* o nella *rei vindicatio* seguivansi le stesse forme (GAIO, *Instit.*, IV, 17 in f.): e l'analogia tra l'influenza reciproca di queste due figure e i rapporti tra la *vindiciarum dictio* e la *publiciana*, dal punto di vista del relativo congegno procedurale, purchè non sia esagerata, merita di essere presa in seria considerazione (1). È anche da osservarsi che l'azione publiciana sembra nel diritto classico rivolta a tutelare non solo il possessore di buona fede nell'usucapione della cosa, ma anche il domino bonitario o chiunque avesse acquistato la proprietà o qualsiasi diritto reale in forme diverse da quelle solenni della *mancipatio* e della *in iure cessio*. Considerando il duplice scopo di tutela della *bonae fidei possessio* e dell'*in bonis habere*, i critici restituirono la *publiciana* con tre sistemi diversi: o con una formula unica per un'unica azione edittale, o con un editto solo e due formule diverse, o con due editti e due formule. La questione sulla preferenza da accordarsi all'uno o all'altro di questi sistemi sarebbe per vero di competenza per un trattato speciale intorno alla *publiciana*.

Il sistema oggi dominante (non è fuor di luogo ricordarlo) è quello dell'unicità dell'editto e della formola, corroborata anche dalla scoperta del manoscritto veronese di GAIO. E l'*in bonis habere* e la *bonae fidei possessio* rappresentano infatti, dal punto di vista funzionale, come due figure in funzione meramente possessorie e fuori del *ius civile:* per l'una

(1) La proposta n'è dello APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne*, ecc., vol. I.

Digitized by Google

e per l'altra la *traditio ex iusta causa* non era valida al trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*, e per entrambe il possesso annale o biennale produceva l'acquisto della proprietà. Però, malgrado la sua finalità e funzione possessoria, l'*in bonis habere* era pur sempre una forma di proprietà pretoria: talchè vi è qualche cosa che ripugna alla completa parificazione del dominio bonitario al possesso e che fa riconoscere la possibilità d'una *rei vindicatio utilis* per l'*in bonis habere*, accanto alla *publiciana*. Ma nè GAIO nè GIUSTINIANO accennano ad una tutela speciale dell'*habere in bonis*, ch'è pienamente sostituito alla proprietà quiritaria: e del resto la questione c'interessa mediocremente, perchè ci basta d'istituire un qualsiasi parallelo tra il possesso di buona fede e l'*in bonis habere*.

Digitized by Google

CAPO II.

Negatoria.

135. Fisionomia dell'azione. — 136. Onere della prova. — 137. Cauzione del convenuto che abbia riportato condanna.

135. Altra azione relativa alle servitù è l'azione negatoria, e questa contro l'esistenza delle servitù e a favore della libertà del fondo. Si è detto che l'azione negatoria è di uso generale e si estende, anche all'infuori dei casi di servitù, a qualunque lesione di proprietà per cui non sia data rivendicazione. Ad ogni modo, in tema di servitù, l'*actio negatoria* è diretta ad allontanare le pretese e gli atti di colui che menoma o intende menomare la libera proprietà di un fondo: *negatoria*, dice ULPIANO, *competit domino qui negat.* Quest'azione è poi dallo stesso ULPIANO chiamata *contraria* nel fr. 8 pr., Dig. 8, 5, e risponde al tipo — *ius tibi non esse me cogere* —. Ma il tipo non sembra sufficientemente caratterizzato a questo modo; poichè una formola di questa specie parrebbe ugualmente adattarsi a qualsivoglia turbativa semplice del possesso, o turbativa che importi limitazione delle facoltà anche semplicemente possessorie. E allora torna in campo la formola sopra riportata in occasione della *confessoria:* formola la quale, appunto perchè decisamente dimostrativa, ci dà un concetto più giusto e più pratico del meccanismo funzionale dell'istituto. *Aio ius tibi non esse ire, agere, aquam ducere, altius tollere,* ecc.: vale a dire affermazione negativa che spiega la coazione come vera limitazione reale dell'esercizio del diritto di proprietà, diretta allo sfruttamento di un fondo, e d'altro canto; e che non considera la contraddizione al diritto di proprietà se non quando dipenda da attività o pretese positive, cioè fornite di contenuto proprio. Ora a questi concetti deve caratterizzarsi necessariamente l'azione poichè l'azione rispecchia in sè perfettamente lo stato e la fisionomia del diritto.

A proposito dell'*actio negatoria,* è d'uopo richiamare il principio accennato nello svolgimento del presente titolo: che cioè da tipi diversi di servitù prediali e personali pian

Digitized by Google

piano sorgesse l'unificazione, come accadde per le *actiones redhibitoriae* che sono citate nei testi in numero plurale, ma che poi conducono ad una *redhibitoria* sola. Che tale unificazione fosse una tendenza classica, concretata nella l. 2 pr., Dig. 8, 5, di ULPIANO; che la rubrica edittale, riportata nel citato titolo del Digesto, fosse a ciò stimolo potentissimo e quasi efficiente, non è dubbio: ma ci mancano dati per risalire all'indietro, p. e., fino alla legislazione decemvirale. Non riteniamo tuttavia necessario di affliggere noi e i nostri lettori con inutili tentativi retrospettivi.

Ma esisteva, prima o dopo dell'editto pretorio, una formula ed un'azione *prohibitoria*, la cui esistenza abbia potuto assorbire l'*actio negatoria* o rivaleggiare con questa con un certo successo? Cominciò lo ZACHARIAE VON LIGENTHAL (1), traendo partito dalla l. 11, Dig. 8, 5, e dalle fonti greche, a sollevare la questione circa l'esistenza di un'*actio prohibitoria* come forma parallela alla *negatoria*. MARCELLO nei suoi Digesti (L. 11 cit.) fa l'ipotesi che uno dei soci, contro la volontà degli altri tutti, voglia edificare in luogo comune; e in tal caso accorda agli altri soci lo *ius prohibendi*, mentre l'azione dalla formula *ius sibi esse aedificare* non è concessa al socio che vuol fabbricare o sta già fabbricando. È più naturale infatti, nota MARCELLO, che il socio abbia piuttosto il diritto di vietare che un altro socio faccia; anzichè abbia il diritto di fare, usurpando il diritto dei consoci, come se da solo padrone volesse servirsi della cosa comune. Questo frammento, nel classico tentativo del POTHIER, è stato giustamente posto sotto il titolo *pro socio* e stralciato dal titolo *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, poichè appunto riguarda il regolamento per l'esercizio della comproprietà e non ha che fare nè punto nè poco colle servitù (2). Del resto di frammenti spostati, nel Digesto, non sarebbe questo certamente il primo nè l'unico caso: nè chi accusa di peggio l'opera dei compilatori può esitare nell'attribuire questa ed altre simili inesattezze alla loro incuria. Ma vi sono gli scolii

(1) *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XII, pag. 258 e seguenti.

(2) È inutile ricorrere col LENEL (*Das Edictum perpetuum*, p. 49 e seg., e *Zeitschrift der Sav. Stift. für Rechtsg.*, II, pag. 72, 5) al procedimento interdittale allegato all'*operis novi nunciatio*.

Digitized by Google

greci e l'indice di STEFANO che il POTHIER non conosceva e che non potevano quindi illuminarlo; e questi scolii parlano di *actio prohibitoria de servitute in rem*, come di un *ius prohibendi* nell'usufruttuario è tenuto proposito nella l. 5, Dig. 7, 6. Quanto allo *ius prohibendi* che al proprietario spetterebbe contro l'usufruttuario, sembra che non possa considerarsi di ostacolo grave a ciò che da noi si afferma circa le servitù prediali, ossia alla ragionata esclusione della *prohibitoria* da questo luogo del Digesto: perciocchè nelle servitù prediali non si tratta di respingere tanto un'ingerenza personale dell'avversario quanto piuttosto una pretesa reale di esso. Così se qualche cosa vi ha di petitorio, anzi se molto vi ha di petitorio nelle azioni fondamentali accordate pro e contra la costituzione e l'esercizio di una servitù; nulla di petitorio può esservi nella pretesa dell'usufruttuario, il quale non agisce in nessun caso per diritto di proprietà che abbia sopra un fondo (dominante), ma soltanto per diritto di utilizzazione personale, che per combinazione si rivolge sopra un fondo come potrebbe, mantenendo la stessa figura economica, rivolgersi sopra un patrimonio mobiliare o soltanto pecuniario.

Quindi la necessità di avvisare per l'usufrutto ad una azione generica, la quale non fosse come la negatoria legata al petitorio, ma potesse estendersi anche alla reiezione di una semplice turbativa equivoca tra il petitorio e il possessorio, ed anche talora rivestita d'importanza più lieve del possessorio. Si supponga, a mo' d'esempio, che io pretenda di avere tutti gli anni, durante la mia vita, il diritto di vendemmiare una data vigna nel vostro fondo, per quanto essa produca; e che voi non rendiate necessario da mia parte un provvedimento di manutenzione, perchè non facciate deperir la vigna nella fiducia che la mia tarda età, restituendomi presto alla terra, vi liberi dal mio diritto, che chiameremo di servitù personale d'usufrutto. Recandomi io coi miei famigli a vendemmiare in detta vigna nell'epoca opportuna e designata dalla consuetudine del luogo, non pretendo di possedere nè il fondo nè parte del fondo, nè la vigna, nè le singole piante che la costituiscono: solo pretendo di avere il diritto all'appropriazione dei frutti

Digitized by Google

pendenti, che si converte in diritto di proprietà sui frutti stessi giunti a maturazione. Ma, sul resto del fondo io non ho nessuna pretesa e neppure esercito alcun'ingerenza od azione, se non per quanto è necessario ad effettuare quella vendemmia su quella vigna: quindi contro di me il proprietario del fondo non può far valere i suoi diritti petitori, ma il suo diritto all'usufrutto del proprio fondo, come accessorio alla proprietà su di questo, e nondimeno prevalente sulle mie pretese del tutto personali. Io non attento ad una frazione del diritto di proprietà del proprietario del fondo sul quale vanto il diritto di vendemmia; ma solo intendo che durante la mia vita, ossia in considerazione soltanto della mia persona, e della durata incertissima della mia vita (onde l'esclusione della *causa perpetua*), mi si accordi una facoltà che non derivi dalla mia proprietà, benchè suoni modificazioni della proprietà altrui, ma dalla mia vita stessa. In sostanza adunque, l'usufrutto si traduce in una compra aleatoria dei frutti, senza pretese di attentare al diritto di proprietà del fondo o della somma dal quale deriva: che, se è stabilito dalla legge, non può ritenersi come una servitù neppure in tal caso, ma sempre come un diritto derivante dallo stato delle persone. L'usufrutto servitù vera non è, perchè l'espressione *servitù personale* è un'espressione contraddittoria e solo potè essere ritenuto tale per un grossolano e deplorevole equivoco: per lo meno (e questo ora interessa), se vuol'essere ritenuto come una servitù, non potrà mai esser ritenuto tale alla stessa stregua delle servitù prediali, colle quali non può aver nulla di comune che oltrepassi la semplice convenzione d'un nome generico, e, se così vuolsi, profondamente insignificante. Infatti la fisionomia dell'usufrutto è tutt'affatto diversa da quella delle servitù (prediali); nè, per stabilire tra le due categorie d'istituti un possibile parallelo, basta che la negatoria e la confessoria siano state nelle servitù reali imitate dall'usufrutto. Anzi è a dir questo: che la negatoria per l'usufrutto o fu un'interpolazione giustinianea (1), o per lo meno fu già sin dall'epoca di ULPIANO

(1) L'espressione *quum invito se negat ius esse utendi, fruendi vel sibi ius esse prohibendi*, per la buona ragione del *vel*, può racchiudere

Digitized by Google

e in una certa fase dello sviluppo edittale riconosciuta insufficiente e surrogata con una timida *actio prohibitoria*, la quale ultima poi sotto la penna degli scoliasti sarebbe potuta divenire (senza alcuna nostra meraviglia) invadente anche nel vero campo delle servitù. Ma così effettivamente non accadde; poichè il tanto strombazzato scolio di STEFANO si adatta anch'esso al regolamento dei rapporti di società, come la l. 11, Dig. 8, 5, alla quale serve di commento e ad ogni modo non porta se non formule relative all'*uti frui*, cioè a dire specialissime ed esclusive per il solo usufrutto. Ora il dire che le servitù prediali abbiano comuni coll'usufrutto la negatoria e la confessoria non significa dire che debbano aver comune con esso anche la proibitoria.

L'azione negatoria come la confessoria può non solo essere *directa*, ma anche *utilis* per chiunque può considerarsi quale rappresentante del proprietario, vale a dire pel creditore pignoratizio, per l'enfiteuta, pel superficiario; poichè costoro col difendere sè difendono anche il proprietario della cosa; ed anche questa azione, non meno della confessoria, tende al conseguimento di quanto ha nesso colla servitù, di cui si chiede lo sconoscimento, ossia collo stato di fatto violatore dell'esercizio della proprietà piena, di cui si chiede la cessazione: e cioè a dire ha in mira il risarcimento dei danni subìti e, se opportuna, una cauzione congrua per evitare il ripetersi dei danni stessi in avvenire. Questi scopi ulteriori si trovano chiaramente indicati (L. 4, § 2, l. 7, l. 12, l. 14, Dig. 8, 5; l. 5, § 6, Dig. 7, 6) e scaturiscono del resto dall'economia stessa dei giudizi. D'altro canto, che l'*actio negatoria* non fosse solo diretta a respingere delle pretese di servitù ma anche a respingere altre lesioni parziali del diritto di proprietà, come si vuole desumere dalle ll. 11, 13, 14, § 1, e 17, § 1, Dig. 8, 5 (della prima delle quali già discutemmo il valore; mentre dalle altre ci sembra non possa punto trarsi la conseguenza voluta,

---

una interpolazione; nè è detto che l'interpolazione sia nella prima anzichè nella seconda parte, e non è neppure escluso che questa seconda parte sia stata collocata quale correttiva o esplicativa della prima e dell'intitolazione del titolo, in armonia colle Istituzioni che separavano in seguito l'usufrutto dalle servitù, con una accentuazione più spiccata.

Digitized by Google

riferendosi a casi veri e propri di servitù), non ci sembra veramente di importanza capitale, se non per questo che, servitù a parte, l'*actio negatoria* deve esser diretta a respingere gli attentati alla proprietà e non al possesso, cioè gli attentati fatti con animo di usurpare una particella del diritto di proprietà e non soltanto nè soprattutto con intenzione di turbare il possesso; nel qual caso occorrerebbero altri rimedi, ben altrimenti caratteristici. Appunto per fissar bene la distinzione tra rimedi petitori e rimedi possessori noi, in armonia colla nostra definizione della servitù, volemmo riferire la negatoria solo a quelle turbative che implicano pretesa ad una parte della proprietà ossia alle servitù: turbative che hanno la stessa causa della proprietà, vale a dire (se vuole evitarsi l'espressione *causa perpetua*) una causa rispondente ad una durata indeterminata ed indeterminabile. Quelle lesioni parziali che si veggono nei citati frammenti sono altrettante servitù prediali, nominate o no, più o meno importanti e comprensive, ma pur sempre aventi lo stesso carattere di sfruttamento permanente di un fondo con animo di contrariare il diritto di proprietà sul fondo medesimo. Se non si tenesse fermo che si tratta di lesioni alla proprietà, dotate dell'elemento intenzionale e dell'elemento corporale corrispondente, si sconvolgerebbero le basi di tutto quanto il sistema delle azioni petitorie della servitù.

Dicesi che coll'*actio negatoria* si chiama in giudizio non solo colui che pretende esercitare una servitù che non gli compete, ma anche colui che pretende esercitare una servitù che gli compete, oltre i confini delle relative competenze. Nella l. 14, Dig. 8, 5, Pomponio infatti fa l'ipotesi di nuove travi immesse nella parete altrui, oltre quelle sino allora tenute per il titolo costitutivo della servitù, o di un appoggio pesante su di un muro comune che ne sia rimasto curvo da una banda; nel fr. 11, Dig. 8, 6, Marcello parla di *iter* e *actus* concesso per veicoli di un certo genere e sfruttato per veicoli anche di genere diverso: come Pomponio stesso, a proposito del diritto d'uso (L. 22, § 2, Dig. 7, 8), pone che il legatario d'uso oltrepassi i confini del legato. Ebbene, nel primo dei frammenti citati, Pomponio concede azione *ut tollas quae nova immiseris*, la quale, poichè si trova entro

Digitized by Google

i confini del petitorio, non può essere che una formula speciale di azione negatoria.

136. A chi incombe l'onere della prova nella negatoria? Questa domanda si propose il PERNICE in una sua monografia del 1855 e specialmente vi dette interesse per la complicazione col possessorio. L'onere della prova (egli dice) nella negatoria è addossato al convenuto; però, se il convenuto aveva ottenuto in antecedenza il quasi-possesso della servitù, opina il GLÜCK che il cozzo tra il petitorio e il possessorio si risolve nel rovesciamento dell'onere della prova. Altri (e segnatamente il PERNICE) ritengono che nel possessorio si tratta non dello *ius possidendi* ma *de ipsa possessione*, non tenendosi conto alcuno di ciò che si possegga *iure* o no: e che perciò, se vi è una presunzione di libertà del dominio, questa presunzione non deve considerarsi come distrutta per un precedente procedimento possessorio sfavorevole al proprietario. In verità, la distinzione tra petitorio e possessorio nella giurisprudenza romana è salda fino alle estreme conseguenze, nè ripugna dall'offendere quell'economia nei giudizi, la quale a sua volta non può turbare il retto funzionamento degli istituti secondo la natura e portata di quelli. Sarebbe assai economico che il giudice decidesse contemporaneamente e sul petitorio e sul possessorio, oppure che decidesse successivamente dell'uno e dell'altro ma colla prima decisione facilitasse la seconda e la rendesse più agevole: talchè tra la prima e la seconda si riscontrasse obbiettivamente piena armonia logica. Ma ciò non sempre può accadere, specialmente quando e perchè si tratta di mantener ferme talune distinzioni, il cui meccanismo è ordinato ad evitare la confusione dei diritti e delle posizioni giuridiche: in tal caso è inutile fare la voce grossa e invocare il risparmio nel procedimento, poichè il distacco tra petitorio e possessorio è nettamente determinato nè può in modo alcuno evitarsi od attenuarsi. Quindi che l'esame del possessorio abbia o no preceduto quello del petitorio è perfettamente indifferente; il petitorio sta da sè, come starebbe da sè il possessorio, se dal petitorio fosse preceduto. Le risultanze del possessorio non possono punto invocarsi nel petitorio; come

Digitized by Google

le risultanze del petitorio non possono nel possessorio invocarsi, tanto più che l'inversione dell'onere della prova, vera aberrazione giuridica di un diritto moderno insensato, non si trova nella giurisprudenza classica romana e solo ha lasciato qualche timida traccia nella legislazione dei bassi tempi.

Or vada pure che un giudice, il quale abbia ritenuto la lite in possessorio, nel petitorio poi possa lasciarsi più o meno dominare dalle impressioni antecedentemente subìte e in base a queste impressioni regolare attualmente il suo giudizio: ma questo lavorìo del tutto interno non deve lasciare traccia alcuna al difuori, non deve apparire, perchè il suo campo d'azione e di formazione è unicamente nel raziocinio del giudice. Ma quanto attiene al procedimento deve restare invariabile e inalterato, malgrado la precedenza del possessorio: quindi soprattutto e senz'altro l'onere della prova spetta all'attore. Ma che cosa dovrà egli provare? Anzitutto dovrà provare di essere proprietario del fondo, sul quale si pretende esercitare il diritto di servitù; quindi deve provare che il convenuto abbia posto in essere tali atti da compromettere l'esercizio della proprietà. Evidentemente, l'altra parte, se vuole in qualche modo resistere alle pretese dell'attore, deve provare la propria pretesa alla servitù sul fondo di colui che ha messo in moto l'azione negatoria: poichè, quando il proprietario ha provato la sua proprietà, implicitamente ha anche provato la *plena potestas* che gli spetta sulla cosa di cui ha la proprietà. E ben si osserva che non è già che debbasi presumere la proprietà piena fino a che non se ne prova in contrario la diminuzione, ma deve ritenersi la pienezza della potestà come naturalmente e giuridicamente inerente alla proprietà. Quando sorge un ostacolo giuridico alla esplicazione di una tale pienezza, in tal caso la prova incombe all'attore o al convenuto che nell'eccepire, per la eccezione che sperimenta, assume la figura ed esercita le funzioni di attore (1). Dove

(1) Del resto vi è una copiosissima giurisprudenza che addossa al convenuto l'onere della prova: Cass. Torino, 31 dicembre 1890, 11 giugno 1887, 9 dicembre 1885, 27 marzo 1884, 30 novembre e 15 dicembre 1882, 31 dicembre 1881, 5 luglio 1881; Cass. Palermo, 11 giugno 1885; Cass. Firenze, 3 febbraio 1880; Cassazione Napoli, 19 novembre 1887; Cassazione Roma, 29 agosto 1888.

Digitized by Google

taluno non vede che presunzioni, non si trovano in giuoco se non i principii e le regole generali di procedura: l'attore nella negatoria non fa che mettere in moto un rimedio procedurale, il quale ha per mira di negare la legalità di un fatto che turba la pienezza del suo diritto di proprietà, quando (e ciò viene naturalmente in ogni caso) questo fatto rappresenta l'esercizio esteriore di una servitù. Ma l'attore stesso, nel constatare l'esistenza di un tal fatto e nel contrastarne la legalità, non va a cercare nè dimostra che quel fatto stesso costituisca l'esercizio d'una servitù a suo danno, ma gli basta di affermare la sua proprietà ossia la pienezza della sua potestà.

Se il contraddittore nella condotta finora seguita non intendeva menomare una tale pienezza, pur rispettando il carattere prevalente della proprietà: in tal caso lo dichiara, e promette (magari con cauzione) di uniformarsi per l'avvenire ad una tal sua dichiarazione, magari risarcendo il proprietario del danno sin'allora arrecatogli. S'egli invece pretende intaccare nella sua sostanza il diritto di proprietà, esercitando una servitù sul fondo di proprietà altrui, necessariamente deve chiarirsi ed eccepire il diritto a lui spettante, di servitù sulla cosa di cui si tratta: perlocchè, divenuto attore limitatamente alla propria eccezione, egli deve provare il proprio diritto di servitù. Ma ciò, lo ripetiamo, non già perchè il diritto di proprietà possa vantare una presunzione di pienezza; bensì perchè questa è la conseguenza necessaria del procedimento nel suo meccanismo di azioni e di eccezioni: la qual cosa si concilia anche colla ragionevolezza di non creare presunzioni dove si hanno posizioni giuridiche nette ed eloquenti di per sè stesse, senza contorsione nè sforzo. Ora sta bene che si tratti qui di un mero giuoco di parole mentre il significato è sempre il medesimo; ma, in fondo, è sempre ottima cosa allontanare gli equivoci e riportare il linguaggio alla sua migliore esattezza.

137. Ora, allorchè taluno sia stato condannato in azione negatoria, perchè questa non si traduca esclusivamente in una dichiarazione platonica e null'altro, conviene abbia come scopo pratico di far cessare lo stato di cose che contraria la libertà del fondo, la cui proprietà spetta all'attore; ed

Digitized by Google

anche di ottenere la rifazione dei danni cagionati. Ma, allorchè non sia stato cagionato un danno di sorta, quale è e può essere la conseguenza della condanna che sussegue all'azione negatoria? In diritto romano abbiamo dei testi che dimostrano la possibilità di ottenere contro il convenuto con azione negatoria la condanna alla prestazione di una cauzione idonea contro future turbative; e questi testi sono contenuti nel lib. 8, tit. 5 del Digesto. Al frammento 7 PAOLO dice infatti che tanto nell'azione di rivendicazione quanto nell'azione negatoria di servitù, al vincitore, *officio iudicis*, si accorda o la prestazione della cosa o la cauzione — *de reficiendo pariete*, oppure, *neque se neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere* —. La conseguenza della prestazione della cauzione è l'assoluzione del convenuto dall'obbligo di prestare *actori victori suo — quanti is actori in litem iuraverit* —: cosa ben diversa dall'assoluzione nel merito dell'azione vindicatoria o negatoria. GIAVOLENO nel frammento 12, esaminando il contenuto dell'azione — *ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere* —, vi comprende anche il *caveri de futuro opere*, vale a dire la promessa di non produrre per l'avvenire i lamentati inconvenienti, consolidata da una garanzia pecuniaria. Ora nel nostro Codice non vi sono disposizioni speciali che riguardino la prestazione della cauzione per garanzia da future violazioni del diritto di servitù, ma sembra che nulla si opponga perchè la giurisprudenza romana e quella del diritto comune possano avere in questo caso la loro attuazione.

Evidentemente, se noi vogliamo accordare a difesa delle servitù l'azione negatoria, non possiamo non ammettere che tra le sue conseguenze quella ancora vi sia di procurare una provvida cauzione a tutela del diritto riconosciuto all'esercizio della servitù stessa. S'intende che in questa materia l'arbitrio del giudice non ha limiti e che la pretesa della parte avente diritto all'esercizio della servitù, ad esser provvista di cauzione, non è una pretesa la quale debba sempre ed in ogni caso avere adempimento senza restrizioni. Se il giudice crede che la cauzione sia superflua, e dal punto di vista morale (perchè cioè la parte non abbia dato a divedere un sufficiente desiderio di animosità contro l'avente diritto alla

Digitized by Google

servitù) e dal punto di vista oggettivo (perchè la turbativa in sè non sembri atta alla ripetizione) e dal punto di vista di altra qualsiasi opportunità pratica; in tutti questi casi egli può anche ricusare di obbligare il convenuto alla prestazione della cauzione. Certamente, data l'indole speciale della nostra procedura, a questo rimedio della cauzione non è il caso di ricorrere, se non quando proprio se ne riconosca l'utilità ed opportunità vera: essendo naturale che in ogni altro caso sia da preferirsi che per l'avvenire, volta per volta, si apra l'adito alla riproposizione *ex novo* della stessa azione prima esercitata o di altra più opportuna per l'esercizio della servitù. Quello che noi intendiamo dire si è che, malgrado che il sistema delle cauzioni non sia nel diritto nostro, come nel diritto romano, profondamente innestato nell'ordine della procedura; tuttavia non sia vietato di ricorrervi qualora la parte lo domandi e il giudice lo ritenga opportuno: specie nell'azione negatoria, la quale, costituendo più che altro (in confronto colle altre azioni ed in ispecie colle azioni possessorie accordate a tutela della servitù) la domanda di una dichiarazione di diritto sulle generali, non di rado potrebbe offrire un utile e immediato complemento alla cauzione di cui si tratta, senza uscire dagli ordini del petitorio e quasi per economia di procedimento.

Vogliamo anzi dire di più, tanto in ordine al diritto romano quanto in ordine al diritto nostro. La denuncia di nuova opera, come azione di mera vicinanza, non può applicarsi alle servitù; ma la cautela contro un'opera futura (il *caveri de futuro opere* che GIAVOLENO vuol compreso nell'azione — *ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere* —) in tanto è data, in quanto riguarda la servitù negativa — *ius tibi non esse tigna in parietem meum immissa habere* —; e perciò trova la sua rispondenza e il suo presagio in uno stato di fatto anteriore, di cui si sono lamentate e riconosciute le conseguenze dannose al diritto di proprietà e non autorizzate dall'imposizione di alcuna servitù o dall'imposizione di una data servitù concreta. L'azione di danno temuto e la denuncia di nuova opera invece devono riferirsi ad un fatto *attuale*, da cui derivi un timore *attuale;* e non possono riferirsi ad un fatto *futuro* o *eventuale* e da cui derivi un *timore*

Digitized by Google

futuro o *eventuale*. La prima non concerne se non indirettamente l'esercizio della proprietà o del possesso; la seconda deve necessariamente riguardare una turbativa diretta, un ostacolo immediato all'esercizio del diritto di servitù negativa, comunque questo sotto forme negative si manifesti. La *cautio de futuro opere* riguarda necessariamente l'*opus* del l'*immissio in parietem meum*, ossia la diretta contraddizione alla servitù *ius tibi non esse tigna in parietem meum immissa habere;* mentre l'azione di danno temuto e la denuncia di nuova opera riguardano un possibile ostacolo all'esercizio di una servitù positiva, *eundi, agendi, deambulandi* a mo' di esempio. Nel primo caso non v'è che la *tigni immissio*, contro il pericolo della cui riproduzione può darsi la cura preventiva della *cautio:* nel secondo qualsiasi atto che contrariasse pur lontanamente l'*iter*, l'*actus*, la *deambulatio* potrebbe essere preso in considerazione, se la relativa azione fosse accordata. Eliminata l'azione di danno temuto e la denuncia di nuova opera nelle servitù, appunto perchè queste azioni presuppongono il rapporto di vicinanza, non per questo deve escludersi la prestazione della *cautio* come accessoria all'azione negatoria della servitù e come complemento pratico talora efficacissimo a questa stessa azione; specialmente quando in forza della medesima non si tenda ad ottenere la cessazione delle turbative (cessazione che dovrebbe essere scopo piuttosto di un'azione possessoria) e quando nessuna rifazione di danni sia richiesta dall'attore in negatoria, o perchè i danni gli siano già stati soddisfatti, o perchè egli ne chieda l'assegnazione in separata sede.

Del resto, come l'azione per la difesa dalle turbative è un'azione possessoria, così la domanda dei danni ha relazione unicamente con un'obbligazione personale: mentre noi ci troviamo qui in pieno petitorio e al più ci potrebbe trovar luogo un provvedimento accessorio, il quale, benchè, come la cauzione, si compenetri con la possibilità di un' obbligazione futura, tuttavia, per l'incertezza e l'eventualità semplice che possa essere adoperata appunto nell'adempimento di una obbligazione siffatta, si presenta sotto la forma prevalente di quel provvedimento accessorio e assorbito nella natura petitoria dell'azione negatoria. Per verità, oggi, di fronte all'esa-

Digitized by Google

gerazione che la nostra giurisprudenza ha mostrato nell'attribuire al possessorio un'importanza che talvolta oltrepassa i confini della logica e del buon senso, l'esercizio di un'azione negatoria non è cosa che si avveri molto di frequente; se pure essa azione negatoria non è compenetrata, non diremo all'uso romano con una domanda contro le turbative del possesso, ma con una domanda di danni. Se dunque si avvera, per quanto di rado, per mantenere l'indole sua petitoria o rispetto al riconoscimento della libertà del fondo contro il quale la servitù fu esercitata, deve concludere in via subordinata, accessoria, complementare ad una domanda di danni, oppure dev'essere rivolta all'acquisto delle opportune cautele perchè i fatti che le dettero occasione non si abbiano più a ripetere per l'avvenire, rendendo indispensabile una nuova azione o un nuovo sperimento dell'azione stessa.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

AZIONI POSSESSORIE

Bibliografia.

AGAMPORA. — *La servitù e l'azione di reintegranda* (*Diritto e giurisprudenza*, XI, 418).

BIANCHI FR. — *Reintegrazione nel possesso di servitù* (*se l'azione di reintegrazione a termini dell'articolo 695 Cod. civ. sia esercibile anche a tutela di diritti reali in alieno, in ispecie di servitù*) (*Annuario critico*, 1895, I, 198).

CHIRONI G. P. — *Se il proprietario o locatore di un fondo, nel quale il conduttore, benchè senza esserne autorizzato, abbia fatto opere a distanza illegale dal fondo del vicino, sia tenuto a ridurre le cose nel pristino stato* (*Foro Italiano*, I, 1882, 487).

CIABURRI FRANCESCO. — *L'azione di turbativa in rapporto delle servitù prediali* (*Riv. giur.*, Trani, 1882, 794).

DE CRESCENZIO N. — *Dell'azione di manutenzione competente contro le nuove opere che oscurino le luci aperte di fatto nel fondo del vicino senza avere acquistato il diritto* (*Foro It.*, 927).

DEL VECCHIO AGOSTINO. — *Se l'azione di reintegra è ammessibile per le servitù prediali* (*Gazz. proc.*, 16, 309).

FORMIA MARTINO. — *Dei rimedi possessori a tutela delle servitù discontinue, e specialmente del diritto di passaggio per le vie vicinali agrarie*, volume unico; Torino 1877.

GALVANI GIUSEPPE. — *Sulla manutenibilità delle servitù di passaggio necessario;* Voghera 1878, Tip. Sociale.

IMPALLOMENI. — *Molestia possessoria in fatto di servitù discontinue* (*Foro Catanese*, 1884, 25).

LOMONACO G. — *La servitù discontinua e la manutenzione* (*Filangieri*, 1878, 658).

LUPARIA VINCENZO. — *Se nelle servitù che non possono essere acquistate per mezzo della prescrizione possa darsi azione di manutenzione nel possesso annale, quando esso è confortato da un titolo* (*Bettini*, 1880, IV, 1).

Digitized by Google

LUPARIA VINCENZO. — *Il possesso iniziato sotto il Codice italiano, che non ammette la prescrizione di alcune servitù, può forse servire di base all'azione di manutenzione nel possesso annuale?* Quid *se esso ebbe principio sotto una legge precedente che ammetteva la prescrizione?* (*Filangieri*, 1882, 97).

MANTIA G. — *Le luci e le finestre condizionate secondo legge dan diritto a sperimentare l'azione di turbativa contro colui che, senza otturarle, le oscura fabbricando sul suo fondo ed infra la distanza legale* (*Gazzetta dei Tribunali*, Napoli, XXX, 391).

MARULLI D. — *L'azione di reintegra circa le servitù prediali: note all'art. 695 Cod. civ.* (*Gazz. dei Trib.*, Napoli, XXIX, 677).

MELOGRANI G. — *Sull'inammissibilità dell'azione di reintegra a proposito della servitù discontinua di passaggio* (*Legge*, 1898, I, 68).

PAPPAGALLO R. — *L'azione di reintegrazione è applicabile ai diritti reali?* (*Riv. giur.*, Trani 1882, 794, e 1883, 823).

SCOTTI ANTONIO. — *Questioni pratiche sulle azioni di manutenzione e reintegrazione in possesso* (*Archivio giuridico*, XV, 107, 180) (Interpretazione dell'art. 700 Cod. civ.).

A tutela delle servitù prediali certamente non potrebbero non ritenersi assai convenienti le azioni possessorie: le quali noi anzi giudichiamo necessarie, non tanto per la costruzione teorica d'un quasi-possesso delle servitù, quanto piuttosto per la sicurezza e la garanzia dei possessi, considerate come elementi sostanziali di pubblico benessere e di tranquillità universale. Se il possesso delle servitù (o, diciamo per non urtare in certe scabrosità d'indole tecnica, l'esercizio di esse) non fosse garantito da azioni giudiziarie, questa parte dei rapporti patrimoniali si svolgerebbe quasi del tutto fuori della legge, nel campo delle violenze private e dell'arbitrio. In taluni casi inoltre e in talune servitù si ha un vero e proprio possesso strumentale, perchè si posseggono manufatti ed opere permanenti le quali servono di mezzo all'esercizio della servitù relativa: ed in questi casi non può disconoscersi un possesso della servitù, per quanto da un tal punto di vista sotto forma indiretta. Ma sull'applicabilità delle norme possessorie all'esercizio delle servitù prediali non può cader dubbio per nostro diritto positivo, allorchè si pon mente all'art. 700 del Cod. civile: in forza del quale, in tutte le questioni di possesso in materia di servitù, la pratica dell'anno antecedente, e, quando si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno, quella dell'ultimo godimento determina i diritti

Digitized by Google

e i doveri tanto di chi ne gode, quanto di chi la deve e di ogni altro interessato.

Vi sono dunque, per lo meno, dei casi nei quali è ammessa anche per le servitù prediali l'azione di manutenzione e la reintegranda: il che significa che anche in materia di servitù si ritengono possibili questioni di possesso. Ora, che altro è questo se non ammettere implicitamente che per le servitù prediali è ammissibile il possesso o qualche cosa di assimilabile al possesso? Converrebbe essere induriti nei pregiudizi e nell'istinto della contraddizione per non venire a questa logica, inevitabile conseguenza in materia di servitù. Certo non giungeremo a questo noi; anzi ci sembra che l'art. 700 del nostro Cod. civile, pur senza far vista, abbia risolto o resa inutile una delle questioni più gravi, che in questa materia era stata proposta e lungamente ventilata nella giurisprudenza: e questa soluzione è così forte e così decisa, che noi non abbiamo ostacolo di trasportarla dal campo delle azioni possessorie al campo dell'usucapione per le servitù prediali. Solo noi siamo ragionevoli e non pretendiamo di fare appello, come ce ne darebbe diritto l'art. 700, ad un vero e proprio possesso delle servitù: ma invece ad un quasi-possesso delle servitù stesse, che del resto ci conduce alle medesime conseguenze, in ordine ad entrambi questi capi, dell'usucapione cioè e della tutela giuridica. E, se ciò malgrado abbiamo sostenuto delle questioni teoretiche su questo punto, ciò non significa già che non siamo convinti di quanto ora si disse, ma solo che abbiamo voluto rinsaldare i principî sulla base del domma e della giurisprudenza.

L'interpretazione dell'art. 700 Cod. civile non è priva di talune difficoltà, le quali hanno attinenza anche col nostro tema delle azioni possessorie. In tutte le questioni di possesso in materia di servitù deve aversi riguardo alla pratica dell'anno antecedente o alla pratica dell'ultimo godimento se gli intervalli dall'uno all'altro atto di esercizio siano maggiori di un anno: e questa disposizione si applica tanto all'azione di manutenzione quanto all'azione di reintegrazione, contemplate negli articoli 694 e 695 in cui appunto è fatta espressa menzione del possesso annale. La disposizione dell'art. 700 regola i rapporti non solo tra proprietario del

Digitized by Google

fondo dominante e proprietario del fondo serviente, ma anche quelli tra gli interessati nel patrimonio del *dominus fundi* e quelli nel patrimonio del *dominus servitutis*, eredi e aventi causa dell'uno e dell'altro. I creditori potranno poi, in applicazione dell'art. 1234 Cod. civile, mutuare l'azione del debitore loro per conseguire l'attività patrimoniale, che si può ottenere dall'esercizio di una qualsiasi delle azioni possessorie, in armonia coll'art. 700 del Codice stesso. Il concetto dell'esercizio annale della servitù viene direttamente dal diritto romano, in quanto è preso come norma di fatto per la manutenzione o la reintegrazione del possesso: *quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via,* **hoc anno,** *nec vi, nec clam. nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto* (L. 1 pr., Dig. 43, 19). Questo criterio, coll'interdetto stesso, fu esteso a tutte le servitù rustiche (L. 1, § 1, Dig. *eod.*) e fu anche tenuto fermo per l'interdetto *utrubi* nel tit. 31, l. un., dello stesso lib. del Digesto, dove divenne, trattandosi di detenzione e disponibilità fisica di mobili e semoventi, la *maior pars anni.* Nella l. 1 pr., Digesto 43, 21, trattandosi *de rivis,* è la *prior aestas* che si assume come criterio per lo stato del possesso; nella l. 1 pr. e § 29, Dig. 43, 22, trattandosi *de fonte, lacu, puteo, piscina,* è sempre l'ultimo anno; e così per la l. 1 pr., Dig. 43, 20, trattandosi *de aqua quotidiana et aestiva* tornano in campo l'*hic annus* e la *prior aestas;* e di nuovo la *prior aestas* in pr. e § 11, l. 1, Dig. 43, 13. Ma la *prior aestas* non è che una maggiore determinazione dell'*hic annus,* appunto perchè il corso delle acque, per la siccità e l'ordinaria mancanza di pioggie torrenziali, nell'estate ha il suo corso meno irregolare e più costante e quindi può servire di stregua o regola per una sistemazione possessoria nella quale nè il proprietario del fondo dominante nè il proprietario del fondo serviente riporti una lesione o sia posto in una condizione sfavorevole di fronte all'altro. S'intende poi che l'anno, come in diritto romano decorreva dalla proposizione dell'interdetto, così in diritto nostro deve decorrere dall'esperimento dell'azione possessoria (L. 1, § 3, Dig. 43, 19). Ma fu anche tentato di trovare una più precisa rispondenza tra l'art. 700 da un canto e gli art. 694 e 695 dall'altro; nel senso che

Digitized by Google

l'osservanza annale coincida col possesso annale del quale si fa menzione a proposito di queste azioni possessorie. Ma noi osserviamo di rimando che una tale confusione non è che il prodotto di una inesatta lettura degli art. 694 e 695; perchè appunto in questo come in altri casi basta legger bene il testo della legge per rispondere a qualsivoglia difficoltà d'interpretazione. L'art. 694 dà la facoltà di promuovere l'azione di manutenzione entro l'anno della molestia e l'art. 695 la facoltà di promuovere l'azione di reintegrazione entro l'anno dal sofferto spoglio; nel senso che, oltrepassato l'anno dalla molestia o dallo spoglio, non siano più esperibili quelle azioni possessorie, ma si debba ricorrere ai rimedi del petitorio: appunto perchè i mezzi possessori rispondono a speciali esigenze nelle quali campeggia l'urgenza dell'attore nel rimuovere uno stato di fatto, dal quale sente direttamente e attualmente compromesso il suo diritto alla servitù. Passato l'anno, lo stesso proprietario del fondo dominante fa comprendere che la riparazione ch'egli domanda contro le violazioni del suo diritto non è punto urgente; e la carenza d'azione che deriva dal decorso di questo periodo annale fa sì che il possessorio debba ritenersi esaurito, sia quasi in pena dell'inerzia del proprietario del fondo dominante e sia anche perchè un'azione possessoria ormai sarebbe inopportuna o meno opportuna che a turbativa fresca e a spoglio flagrante. Quanto poi all'art. 694, che prescrive un possesso legittimo ultrannale dell'immobile del cui possesso si chiede la manutenzione (possesso che, come vedremo, magari attenuato in quasi-possesso, si attaglia anche alle servitù), noi avvertiremo come anche questo aspetto della questione, benchè sembri avvicinarsi di più all'ipotesi del possesso dell'ultimo anno di cui all'art. 700, tuttavia, come ben fu notato (1), non vi si può confondere: per la ragione semplice quanto evidente che l'art. 700 non richiede il possesso continuato di un anno in una stessa persona oppure in più persone di cui le une siano autrici o danti causa alle altre, ma

(1) TARTUFARI, *Degli effetti del possesso;* Torino, Unione tip.-editrice torinese, 1886, vol. I, capo 3, § 2, art. 1° (pag. 51-82): questa argomentazione a § 64.

Digitized by Google

considera questo possesso obbiettivamente, anche se la pratica dell'anno risulti dall'esercizio di due o più possessori diversi. Ma determinare per ogni caso la pratica dell'anno antecedente non è per vero la cosa più semplice, specialmente allorchè si tratta di servitù discontinue. Come si farà a determinare se la servitù è stata esercitata per un anno a quella parte, acciocchè si possa dire che cosa ci dia e ci presenti la pratica di quell'anno per illuminarci nella questione del possessorio? Per la *servitus de itinere actuque privato* la l. 1, § 2, Dig. 43, 19, nel richiedere che la servitù di passaggio siasi esercitata nell'anno precedente, si contenta che se ne possa esser constatato il godimento effettivo *vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus*; per la *servitus aquae quotidianae et aestivae* l'anno dell'esercizio s'interpreta di uso non quotidiano, ma *una die vel una nocte* (L. 1, § 4, Dig. 43, 20), e la relativa pratica apparisce come la pratica dell'anno precedente; per le acque estive o invernali si ha riguardo alla pratica dell'ultima estate o dell'ultimo inverno (L. 1, § 9, Dig. 43, 21).

Insomma, secondo la natura della servitù e il maggiore o minor grado della discontinuità di essa, deve prendersi in esame la pratica dell'anno precedente; per quanto e come in questo periodo annale, data la sua natura, la servitù di cui si tratta poteva tradursi in esercizio. Per esempio, data l'*aqua aestiva*, il periodo annale di esercizio prima di tutto si restringe alla estate, come sola stagione dell'anno in cui quella servitù può esercitarsi: e poi, entro questa stagione estiva in cui si compendia tutto quanto il contenuto della servitù, basta l'esercizio *una die vel una nocte*, anche se la possibilità dell'esercizio può importare una discontinuità meno marcata, ovvero una maggiore frequenza di atti della stessa specie e categoria. Non si potrà d'altra parte dubitare che anche un solo atto di esercizio durante l'anno di possesso non sia sufficiente per rispondere ai voti dell'articolo 700; perciocchè, siccome tutti i vari atti attinenti alla servitù di che trattasi, entro l'anno od oltre l'anno del possesso stesso, siano effettivi o siano semplicemente facoltativi, sono tutti perfettamente omogenei, in guisa che uno solo di essi può bastare per dare un'idea esatta di tutto quanto il

Digitized by Google

contenuto o della estensione della servitù di cui si tratta. Tuttavia, in materia di acque estive ed invernali, il periodo di esercizio può essere più lungo di un anno, per dare una idea pratica del contenuto della servitù, appunto perchè la pratica della servitù ora può essere fatta in principio ed ora in fine di una data stagione (L. 1, § 34, Dig. 43, 20); talchè, trattandosi di acqua estiva, l'esercizio dell'ultimo periodo della servitù da un anno si estenda ad un anno e mezzo; e, trattandosi di acqua invernale, da un anno a due anni. Lo stesso dicasi pel caso che l'esercizio della servitù, nell'anno immediatamente precedente alla controversia, sia stato impedito da forza maggiore, come a causa d'inondazione: in tale ipotesi convien risalire ancora all'altro anno precedente (L. 1, § 9, Dig. 43, 19). Ora tutta questa latitudine dei testi romani si vuole adottare anche in diritto nostro per la interpretazione non solo della lettera ma e dello spirito dell'art. 700 Cod. civile; perchè in caso diverso di questo articolo troverebbe applicazione la lettera e non lo spirito, data l'impossibilità di fermare altrimenti l'attenzione in un modo qualsiasi sopra un periodo d'esercizio della servitù o di possesso della servitù stessa. Gravissima questione fu ventilata sul punto, se l'art. 700 Cod. civile richiegga possesso legittimo e buona fede nel possessore. Il dubbio sulla necessità del possesso legittimo fu una delle prime conseguenze della confusione dell'anno di cui nell'art. 694 coll'anno di cui nell'art. 700 Cod. civile; perchè, come in quello si richiede espressamente il possesso legittimo, così volle anche vedersi nell'art. 700, malgrado il silenzio della legge. Noi anzitutto notiamo che l'applicazione dell'art. 700 si estende anche all'art. 695, dove di possesso legittimo non si parla, ma di semplice possesso, anzi di pratica, esercizio, godimento della servitù in una data misura o determinazione o estensione. La ricerca della legittimità del possesso, nell'interpretazione dell'art. 700, sarebbe completamente fuori di posto; perciocchè in quell'articolo non si tratta di accordare o di negare la tutela ad un determinato possesso o al possesso in genere delle servitù prediali, ma si tratta di dare il modo per determinare la pratica della servitù, ossia l'esercizio della servitù e non il diritto della servitù stessa o l'esercizio del diritto

Digitized by Google

di essa. Si tratta della constatazione di un fatto, ossia della pratica della servitù, vale a dire del modo come, a torto o a ragione, si intese di esercitare la servitù: è l'investigazione dell'*animus* tradotto nell'esercizio pratico della servitù e quale risulta appunto dai fatti che si tratta di elevare a costruzione sistematica per riprodursi sotto agli occhi la servitù in atto, così com'era prima che sorgesse la questione possessoria (o, meglio, quasi-possessoria) della servitù. ULPIANO, riferendo la formola dell'editto pretorio *de aqua quotidiana et aestiva*, nella l. 1 pr., Dig. 43, 20, accenna ai requisiti della legittimità o non viziosità del possesso (*nec vi, nec clam, nec precario*): ma qui non si tratta di dettare una norma per la pratica dell'esercizio e del godimento della servitù, bensì di accordare senz'altro la tutela del possesso, e contemporaneamente, ma sempre subordinatamente e in coerenza a questa tutela, nel corso della legge, e precisamente nei luoghi da noi richiamati, si accenna a questa pratica e a questo godimento; mentre da noi se ne fa oggetto di una disposizione a parte. Quindi da noi la questione sulla legittimità del possesso non deve proporsi per l'art. 700 ma per gli art. 694 e 695. S'intende però che un esercizio o un godimento illegale, perchè criminoso e antisociale, a causa della violenza sulla persona e sulla cosa altrui, non può formare oggetto di una regola giuridica; ma i requisiti negativi di clandestinità e di precarietà non hanno qui alcuna influenza. Neppure si deve aver riguardo alla buona fede: e per le stesse ragioni e perchè la buona fede è presa in considerazione nel Codice dagli articoli posteriori al 700. Da un tale punto di vista, per ora almeno, e cioè finchè non entriamo a trattare dell'ammissibilità delle azioni possessorie, non ci troviamo in contraddizione con le norme del diritto romano. Del resto, in materia possessoria non è mai abbastanza raccomandata l'obbiettività, fino a che non esorbita dai limiti del buon senso, cioè fino a che non dà la preferenza ad un violento e volgare usurpatore contro un proprietario alieno dalla violenza e amante della legalità in tutto, anche nella tutela del suo diritto compromesso nell'esercizio dall'altrui violenza. In questi limiti l'art. 700 costituisce anche una sana interpretazione del titolo costitutivo

Digitized by Google

della servitù, determinando autenticamente l'estensione della servitù stessa: e ciò tanto più allorchè noi siamo in materia di tutela provvisoria di un diritto, ossia nell'ordine giuridico al quale risponde l'esperimento delle azioni possessorie, dalle quali è del tutto indipendente la tutela petitoria.

Digitized by Google

CAPO I.

Interdetti di diritto romano.

138. Sulla estensione della tutela interdittale alle servitù prediali. — 139. Interdetti speciali per le servitù prediali. — 140. Applicabilità dell'*uti possidetis*. — 141. Inapplicabilità dell'*unde vi*. — 142. E degli altri interdetti relativi alle *res soli*.

138. Questa trattazione sarebbe superflua qui e non avrebbe ragione se, per meglio chiarire lo stato attuale e la possibilità attuale della tutela giuridica delle servitù prediali, considerate nella loro costruzione attuale presso di noi, non solo ci fosse indispensabile cercare le somiglianze ma anche le differenze tra le nostre regole e quelle del diritto romano: differenze che rendono certamente più profonda la cognizione del diritto nostro. Gravissima controversia fu dunque ventilata dagli interpreti sull'applicabilità, in genere, della tutela interdittale alle servitù prediali; a tutte le difficoltà stando sempre in cima quella per l'ammissibilità del possesso o quasi-possesso delle servitù prediali: mentre, quanto alle servitù personali, parecchi finiscono coll'ammettere come utili gli interdetti ordinari *retinendae* e *recuperandae possessionis*, per diritto pretorio e secondo il diritto romano più recente riconoscono che quelli, non essendo più neppure espressamente qualificati come utili, debbano ritenersi accordati anche per via e con efficacia diretta. Noi ci domandiamo, impensieriti davvero, se le difficoltà per ammettere la tutela interdittale nelle servitù prediali siano per avventura eguali o maggiori di quelle che generalmente sorgono nell'usucapione e che sono prospettate sostanzialmente nella maggiore o minore difficoltà d'un quasi-possesso delle servitù prediali. Forse anche, dal lato della tecnica, non per difficoltà di formola ma per strumentalità di congegno, si potrà incontrare nell'applicazione degli interdetti qualche scabrosità speciale; costituendo gli interdetti ad ogni modo altrettanti mezzi legati alla materiale detenzione di tutta quanta la cosa, nell'integrità fondamentale dei suoi rapporti e nella pienezza fisica

Digitized by Google

della disponibilità su di essa. L'usucapione, come radicata sul semplice uso, può anche non richiedere quella pienezza di facoltà fisiche le quali sembrano necessarie per un possesso interdittale; e infatti per giustificarla si è ricorso al quasi-possesso, come per giustificare l'azionabilità interdittale di una servitù prediale occorrerebbe addirittura designare bene utile la concessione degli interdetti possessori. Ma il quasi-possesso basta di regola, o può bastare, per autorizzare utili quegli interdetti che nel possesso si presentano e si dànno come diretti? L'affermazione di ciò, per via d'illazione astratta e come base di costruzione giuridica aprioristica, sarebbe bene azzardata; non avendo pure un testo che autorizzi una costruzione così sbrigativa degli interdetti utili. Il concetto dell'utilità non può essere infatti sbrigliato o soggettivo; perchè altrimenti si creerebbero tante utilità quanti patrimoni e ognuno potrebbe essere autorizzato a intendere e creare le utilità secondo il suo particolare modo di vedere, ma sempre dal punto di vista egoistico. Quindi la necessità di crearsi uno stampo di utilità che si converta dal soggetto nell'oggetto e che sia delineata e circoscritta dalla posizione giuridica obbiettiva; permodochè esuli l'arbitrio e il diritto sia costante per tutti e in tutte le ipotesi di fatto su di una base saldamente assicurata e quasi granitica. Ma purtroppo il diritto romano, per la natura stessa della sua formazione e per la struttura sua, non ci presenta un complesso di regole e dei criteri fissi per passare dalle azioni dirette alle utili; ed è già molto se dai testi noi possiamo ricavare una chiara idea della distinzione tra quelle due categorie di azioni, o se una tale distinzione possiamo trovare non discordante dai testi.

La costruzione si fonda sul riflesso che l'uso delle servitù prediali rimane turbato da un atto che turberebbe egualmente il possesso materiale del fondo dominante; talchè il possesso della servitù, in fin dei conti, si presenta come inerente al possesso del fondo, al modo stesso che il diritto di servitù fa parte della proprietà del fondo a favore del quale è stato costituito (1). Ma questa costruzione potrà essere suf-

(1) Così il MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4me éd., vol. I, § 138.

Digitized by Google

ficiente per venire alla conseguenza che anche per la servitù siano necessari i rimedi possessori; non accenna però certamente alla necessità d'una speciale protezione interdittale. È d'uopo partire dalla necessità e dalla opportunità della tutela interdittale per il possesso e quindi esaminare se queste stesse ragioni di necessità o di opportunità si applichino o meno anche al quasi-possesso. L'*interdictum*, come prodotto della *extraordinaria cognitio*, è diretto allo scopo di promuovere dal magistrato stesso o pretore l'emanazione di un *decretum*, senza intervento del giudice: *decretum* ch'è diretto ad una sistemazione provvisoria della posizione giuridica delle parti, sulla base dello *statu quo* e sino al provvedimento definitivo sul merito della questione. Complicato con *sponsiones* o *restipulationes*, l'*interdictum* formava anche un mezzo di educazione giuridica per strumento della procedura: inquantochè la parte convenuta *era eccitata a riflettere se effettivamente esistessero le condizioni sulle quali l'interdetto si fondava* (1).

Ora noi ci domandiamo, così in linea di principio, se questa opportunità di una provvisione od ordinanza provvisoria vi fosse anche in materia di quasi-possesso delle servitù; e se la procedura connessa coll'azione interdittale e alla medesima susseguente avesse realmente per fine di educare la parte avversaria alla esatta valutazione dei propri diritti e questo scopo in effetto potesse raggiungere. Evidentemente, una tutela provvisoria dell'esercizio delle servitù secondo lo *statu quo* di fatto si presenta come pienamente ammissibile non solo, ma come assai opportuna anche in materia di quasi-possesso di servitù, nel caso che sulla esistenza o sull'esercizio della servitù stessa si fosse posta in moto un'azione indaginosa e sulla quale il giudizio non avesse potuto prestamente mandarsi a compimento, date le peculiari circostanze del caso. Nè importa che nel caso della servitù non sia in giuoco la pienezza di tutti i diritti che esercitar si possono sopra una cosa, ma uno solo di questi diritti: poichè non è la quantità della controversia che porta alla decisione di concedere la protezione interdittale, ma la

(1) SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, § 42.

Digitized by Google

qualità della controversia stessa. L'esercizio della servitù può rappresentare una circostanza indispensabile per l'utilizzazione del fondo dominante, partendo da certe date circostanze di fatto o di destinazione: senza di esso può senza dubbio rimanere in gran parte inutilizzato il nostro fondo durante le more d'una procedura giudiziaria. Noi abbiamo quindi bisogno d'una protezione provvisoria, in forza della quale sia rispettato il nostro stato di fatto. E siccome quindi in ogni caso si tratta di tutelare lo stato di fatto, vuoi in materia di possesso pieno *iure proprietatis*, vuoi in materia di quasi-possesso *iure servitutis*, è fuori di luogo studiare la costruzione di un'azione diretta e di un'azione utile perciò, di un interdetto diretto e di un interdetto utile. O si dà o non si dà interdetto: se interdetto si dà, tale è nel quasi-possesso *iure servitutis* quale è nel possesso *iure proprietatis;* la sua natura, la sua conformazione non cambia da un'ipotesi all'altra, da una configurazione all'altra. D'altra parte, trattandosi di un rimedio transitorio o provvisorio, sarebbe un fuor d'opera crearne una forma utile sol perchè quella data o quelle date facoltà di fatto che alla servitù sono inerenti vengono a rassembrarsi meglio come un quasi-possesso che non come un vero e proprio possesso.

Abbandonando quindi la forma di costruzione col quasi, non resta ormai che vedere o tornare a vedere se ed in quanto sia la tutela interdittale applicabile alle servitù. E qui la natura eccezionale e limitativa della servitù rispetto alla proprietà non ci deve muovere per considerare da un lato sfavorevole la tutela stessa: poichè questa tutela provvisoria trae dalle necessità impellenti della posizione di fatto e non da altro. È il disordine dei possessi che si vuole evitare con una tale tutela provvisoria; il conflitto che in questo periodo intermedio, specialmente nelle servitù continue, potrebbe ad ogni istante verificarsi tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo serviente, sul terreno della servitù stessa. Il rispetto dello *statu quo*, specialmente in materia possessoria, fino alla risoluzione della questione di merito è condizione necessaria di una bene ordinata società; d'altra parte non si comprende come gli interdetti avessero dovuto applicarsi alle servitù personali e non estendersi anche

Digitized by Google

alle prediali, quasichè le servitù prediali non avessero bisogno di questa tutela interinale. Nel nostro diritto, evidentemente, non ammettendosi la tutela interdittale, questa può, a seconda dei casi, essere sostituita da una misura provvisionale diretta a conservare lo stato attuale nelle more del procedimento: e ciò nelle servitù, per quanto può essere generalmente in materia possessoria e per quanto la natura del nostro procedimento stesso lo comporta e per quanto il libero apprezzamento del giudice lo ritiene necessario. Talvolta, per la speditezza del procedimento possessorio, non verrà neppure in animo all'attore di chiedere l'applicazione d'una misura eccezionale: e la stessa trepidazione durante l'attesa della pronuncia del giudice, congiunta alla poca violenza dell'indole di noi moderni di fronte all'indole degli antichi nostri padri, ci salverà dal pericolo di conflitti gravi e deplorevoli per le conseguenze loro.

139. Ma, intanto, per quanto attiene in modo speciale alla tutela giuridica delle servitù prediali, noi troviamo nel diritto romano in vigore gli interdetti *de itinere actuque privato, de itinere actuque reficiendo, de aqua quotidiana et aestiva* (1), *de rivis reficiendis* (o *de rivis*), *de fonte et de fonte reficiendo purgando, de cloaca privata.* L'interdetto *de itinere actuque privato* risulta dal tit. 19, del lib. 43, Dig., e ULPIANO nei suoi commenti edittali (L. 14, t.) ce ne dà la formola: *quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo*

(1) Si può aggiungere anche l'*interdictum de aqua ex castello ducenda*, che risulta dalla l. 1, § 38, Dig. 43, 20; esso risponde alla formula seguente: *quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita, uti permissum est, ducat, vim fieri veto; quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo.* Questa specialità, rispetto agli *interdicta de aqua*, così semplici e generici com'essi si presentano, ULPIANO (§ 39, *ibid*) dichiara essere stata suggerita dalla necessità, perchè gli interdetti *de aqua* e *de aqua aestiva ad eos pertinent, qui a capite ducunt, vel imposita servitute, vel quia putant impositam.* Qui si tratta invece di acqua dedotta non *a capite* ma *ex castello*, ossia *ex eo receptaculo quod aquam publicam suscipit:* e si tratta forse di un semplice *ius aquae* concesso dal principe, e non di una vera e propria servitù.

Digitized by Google

minus ita utaris, vim fieri veto; aggiungendo che questo interdetto è proibitorio e diretto unicamente alla tutela delle servitù rustiche, e che il Pretore nell'accordarlo non determina prima se la servitù sia stata o no stabilita *iure*. Questo interdetto, che *continet rei persecutionem* (L. 2, § 2, Dig. 43, 1), si può invocare da chiunque siasi servito per un anno dell'*iter* o dell'*actus;* mentre l'altro interdetto *de itinere actuque privato reficiendo* si applica soltanto a favore di colui che ha il diritto di servitù. La formula ne è la seguente: *qui itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario, ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto; qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat* (L. 3, § 4, Dig. 43, 19). Quest'interdetto suppone lo *ius reficiendi*, e lo *ius reficiendi* non appartiene se non al titolare della servitù (L. 3, § 13, Dig. 43, 19); poichè taluno può avere il semplice *ius eundi, agendi* e non lo *ius reficiendi* (L. 3, § 14, Dig. 43, 19), intendendosi per *ius reficiendi* il diritto di *reducere ad pristinam formam iter et actum* (L. 3, § 15, *ibid.*). Come dice ULPIANO (L. 3, § 12, Dig. 4, 1), *utilitas suasit hoc interdictum proponere :... quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit?* Ma l'essere stata l'utilità il movente dell'istituzione di questo interdetto non significa già che l'interdetto stesso sia un interdetto utile, nel senso tecnico della parola. Quanto alla servitù *de aqua quotidiana* o *cottidiana*, vi è un interdetto così concepito: *uti hoc anno aqua, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto* (L. 1, § 1, Dig. 43, 20); e ve n'ha un altro in questi termini: *quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ita ius fuit, permissum est, ducat, vim fieri veto, quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri iubebo* (L. 1, § 38, Dig., *ibid.*). Nel § 29 dello stesso frammento poi ci è dato l'interdetto speciale per l'*aqua aestiva: uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto; inter heredes, emtores et bonorum possessores interdicam.* Quanto all'interdetto *de rivis*, ULPIANO stesso nella l. 1, Dig. 43, 21, ci dà questa for-

Digitized by Google

mola: *rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa, quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto.* Per la fonte (L. un., tit. 22, Dig. 43) abbiamo due interdetti, l'uno *de fonte — uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi, nec clam, nec precario, ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto; de lacu, puteo, piscina item interdicam:* l'altro *de fonte reficiendo, purgando — quo minus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, utque uti hoc anno non vi, non clam, non precario ab illo usus es, vim fieri veto.* Per la *cloaca* (L. 1, tit. 23, Dig. 43) vi sono due interdetti: l'uno *de cloaca privata — quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare, reficere liceat, vim fieri veto; damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo;* l'altro *de cloaca publica — quod in cloaca publica factum, sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit, fiat, restituas; item ne quid fiat, immittaturve, interdicam.* Ma quest'ultimo non era neanche provvisorio, bensì definitivo. L'*interdictum de itinere actuque privato* è detto *prohibitorium, prohibitorium et interdum restitutorium* è l'altro *de aqua quotidiana et aestiva,* quello *de cloaca privata* è detto *prohibitorium* e quello *de cloaca publica restitutorium:* quello *de rivis* è qualificato come *utilissimum,* e la ragione ne è che *nisi permittatur alicui reficere, alia ratione usu incommodabitur;* e l'interdetto *de fonte* si dice che *eandem habet utilitatem, quam habet interdictum de rivis reficiendis.* Gli *interdicta de aqua* possono essere *duplicia,* allorchè le parti tra le quali deve intervenire il giudizio sono *rivales* ossia sono rivierasche.

Dallo studio sistematico e complessivo di questi vari interdetti, che non si possono disconoscere accordati in casi di vere servitù, si possono dedurre due conseguenze contrapposte. Una conseguenza è che, trovandoci di fronte a rimedi speciali e per la più parte anteriori agli interdetti possessori generici, i rimedi generali non debbano ammettersi. Altra conseguenza, e contrapposta, è che, come sono dati taluni speciali rimedi possessori, non debba esservi alcuna

Digitized by Google

difficoltà a concedere anche i rimedi generali: una volta trovato argomento di tutela possessoria, non si vede ragione perchè si debbano fare delle restrizioni, ammettendo una data specie di tutela ed escludendo un'altra specie. Queste due opinioni ci si presentano dinanzi agli occhi e noi dobbiamo scegliere l'una o l'altra di esse. Dalle espressioni speciali adoperate dal Pretore noi possiamo estrarre il concetto di uso ed i concetti di *reficere* o *reducere ad pristinam formam* o *ducere aquam* o *reficere*, o *purgare rivos, specus, septa:* concetti i quali costituiscono l'esercizio della servitù e ad un tempo il contenuto pratico dell'interdetto. Ora, se questo contenuto pratico della servitù e dell'interdetto non ha una riferenza diretta e necessaria col possesso, considerato questo come istituto giuridico, ma ha solo relazione col concetto del mantenimento di un dato stato di fatto, fino a che questo stato di fatto non possa legalmente cambiarsi per autorizzazione del giudice e per virtù di pronunzia giudiziale; evidentemente non è il possesso o la più o meno perfetta od imperfetta costruzione d'un quasi-possesso delle servitù prediali ciò che per noi può costituire una difficoltà di costruzione. L'uso e gli atti inerenti all'uso o che l'uso rendono possibile (*refectio, ductus, purgatio*), secondo le diverse configurazioni di fatto da quegli interdetti prospettate, sono le vere basi dell'azionabilità interdittale nei casi stessi e costituiscono nel tempo medesimo la spiegazione della riconosciuta opportunità di una tale tutela. Per l'*iter* e l'*actus* e così per l'*aqua aestiva* si promette un *utile interdictum* a favore degli aventi causa (L. 1, § 37, Dig. 43, 20; l. 2, § 3, Dig. 43, 1; l. 1, § 37, Dig. 43, 20): ma, ciò che più monta, si argomenta (1) l'esistenza di un interdetto *quam servitutem, duplex* e *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis*, come gli interdetti *quam hereditatem, quem fundum, quem usumfructum*, ecc. Noi non riteniamo affatto provata l'esistenza di questo interdetto, di cui il LENEL stesso esclude ogni traccia nei commentari, pur fantasticandone persino il luogo dell'editto in cui secondo lui doveva trovarsi (e cioè alla fine degli *interdicta de servitutibus*). E poichè, come

(1) LENEL, *Editto perpetuo*, § 255.

Digitized by Google

(malgrado il precedente suo richiamo alle l. 7, Dig. 43, 20; l. 15, Dig. 39, 1; l. 45, Dig. 39, 2) dice il LENEL, *eine Spur desselben in den Commentaren findet sich nicht*, ci sembra cosa più prudente restarci limitati a quel che sappiamo e ci risulta positivamente per gli altri interdetti. Noi certamente non vogliamo dalla tutela accordata dal legislatore cogli interdetti sopra designati argomentare che dunque in materia di servitù il possessorio o il quasi-possessorio si trovino perfettamente a loro posto: noi non vogliamo quì oltrepassare le necessità della nostra dimostrazione, perciocchè sotto il titolo della usucapione delle servitù prediali già ci occupammo abbastanza anche di questo punto di vista. La nostra dimostrazione è esaurita, quando noi osserviamo che questa tutela procede dalla constatazione di certi dati fatti, dei quali provvisoriamente è accordata la tutela giuridica allo scopo di evitare disordini maggiori prima che il magistrato provveda alla risoluzione definitiva della controversia. Il provvedimento interinale si manifesta spesso nella procedura romana, sotto forme le più svariate: l'interdetto ha questo di particolare, che legalizza senz'altro intieramente uno stato di fatto, senza preoccuparsi della sua legittimità anteriore e creando anzi esso stesso una legittimità *sui generis* senza pretesa che abbia a servir di base per la risoluzione definitiva, alla quale così resta sempre possibile di rovesciare persino la situazione dei diritti. Il fatto anteriore costituisce appunto il sostrato necessario e indispensabile per l'applicazione dell'interdetto: le formole parlano abbastanza chiaro quando accennano o all'*usus* in generale o a qualche estrinsecazione speciale dell'*usus*. Le legislazioni moderne non hanno però creduto di seguire su questa strada il diritto romano: la procedura è cambiata sostanzialmente e una tutela provvisoria di questa specie oggi non apparisce necessaria; anzi, se ci fosse, sarebbe ben lungi dall'armonizzare con tutta quanta l'economia della procedura. Le azioni generiche possessorie (che i Romani chiamerebbero *de universitate* o *de universitate possessionis*), queste almeno oggi non possono essere rifiutate per la tutela delle servitù, perchè la pratica stessa ampiamente dimostra come le azioni petitorie non bastino nè possano bastare.

Digitized by Google

140. Si domanda se l'interdeto *uti possidetis* sia o no applicabile alle servitù prediali. La formola dell'*uti possidetis* è: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto; de cloacis hoc interdictum non dabo, neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam* (L. 1, pr., Dig. 43, 17). L'interdetto *uti possidetis*, classificato in diritto romano tra gli *interdicta retinendae possessionis*, presentava una tendenza spiccatissima ad assorbire tutto quanto il campo del possessorio, allo scopo precipuo di mantenere una posizione di fatto già conquistata: esso era dato al *possessor soli* in senso proibitorio, e il possesso per tutela del quale era dato doveva essere legittimo (*nec vi, nec clam, nec precario*). Per gl'interdetti speciali *de rebus soli*, invece, questi requisiti di legittimità non occorrono; benchè in sostanza, alla larga, anche un tale interdetto si riferisca ad una *res soli*. Ma questa argomentazione certamente non basta per concludere che l'interdetto *uti possidetis* si estendesse anche alle servitù prediali, senz'altro. Fu notato, per il richiamo dei tre testi (L. 3, §§ 5 e 6, Dig. 43, 17; l. 8, § 5, Dig. 8, 5) (1), che nelle *servitutes habendi*, essenzialmente urbane, non si poteva escludere il beneficio dell'*uti possidetis*. Il primo di questi frammenti si riferisce all'ipotesi del *proiectum* e suppone la *possessio loci qui proiecto tegetur* e la *possessio earum aedium ex quibus proiectus est;* ammettendo l'interdetto allo scopo di *retinere possessionem eius proiectionis;* il terzo concede l'*uti possidetis* nel caso che *quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti* (e l'interprete trattatista lo estende agevolmente a chiunque voglia difendere la libertà del suo fondo da una pretesa *servitus fumi immittendi*): il secondo parte dalla configurazione che una *proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur*, e, preso secondo la lezione fiorentina, non ammette l'*uti possidetis* per una *servitus proiiciendi*, tanto per il possessore della servitù quanto per il possessore del fondo serviente. Questo frammento, che coi suoi §§ 5, 6 e 7, fece sostenere (2) non

(1) MAYNZ, *Cours de droit romain*, vol. I, § 138, nota 8.
(2) RUGGIERI, *Il possesso*, vol. II, pag. 422 e 425, con nota.

Digitized by Google

essere ammissibile possesso se non delle servitù *quae in solo consistunt*, fu accomodato dal CUIACIO, com'è notorio, per una significazione opposta, sostituendo alla parola *inutile* la parola *utile* oppure il binomio *id utile*. Il MAYNZ però (l. c.) combatte questo cambiamento arbitrario; ritenendolo non solo inutile ma assolutamente inammissibile, perchè il giureconsulto rifiuta nella specie l'interdetto *uti possidetis* ai due possessori, per la semplice ragione che nessuno di questi può lamentarsi d'un fatto di turbativa commesso dall'altro, e che l'*haberi proiectionem* non costituisce un fatto di turbativa e può dar luogo soltanto all'azione negatoria e non ad un'azione personale.

Oltre a ciò non potendo nell'*uti possidetis* proteggersi che un mero stato di fatto: quale sarà il possesso da tutelarsi di preferenza; quello di chi possiede il suolo o quello di chi possiede la superficie con la relativa casa? Dunque non è ad una semplice lesione, ma ad una lesione in possessorio che deve aversi riguardo per accordare l'*uti possidetis;* e questa lesione, trattandosi di azione personale (interdetto) deve provenire da un fatto della persona di uno dei due proprietari posti a riscontro, perchè a questo fatto si contrapponga il rimedio o la tutela giuridica *retinendae possessionis proiectionis*. Certamente però se guardiamo anche ai §§ 6 e 7 dello stesso frammento, in cui, applicandosi il concetto *semper superficiem solo cedere* nel suo rigore e nelle sue più estese conseguenze, veniamo alla conclusione che, avendosi un *proiectum* da casa a casa, l'interdetto *retinendae possessionis* è dato a colui ch'è proprietario del suolo dominante e non della superficie dominante. Quindi tra questi paragrafi del frammento che ammettono la possibilità dell'interdetto e quel paragrafo precedente che lo vieta ci dev'essere una ragione di distinzione; e, quando noi siamo riusciti a rilevarla, è contro le buone regole di passare alla correzione dell'*inutile* in *id utile*. Or dunque, una volta ammesso l'*uti possidetis* nella *proiectio*, quando concorre il fatto umano, e cioè quando può tranquillamente invocarsi l'azione interdittale e non può sperimentarsi l'azione negatoria nè un'azione possessoria di manutenzione o di reintegrazione; non può escludersi la tutela provvisoria che la procedura romana appresta prima della decisione del merito della con-

Digitized by Google

troversia. Si dice che l'*uti possidetis* si applica unicamente alle servitù urbane e che per le servitù rustiche, al cui esercizio è necessario un fatto umano positivo da parte di chi le reclama, non può esser dato un interdetto generale su questo tipo, ma qualche interdetto speciale e più specialmente quegli interdetti dei quali innanzi tenemmo proposito. La ragione di ciò si trova, se non altro, nell'espressione materiale della formola dell'interdetto stesso — *uti eas aedes alter ab altero possidetis* —; ed è anche sintomatica la dichiarazione espressa del Pretore di volere escludere le cloache da quell'interdetto, per la ragione evidente che la cloaca, per quanto nell'edilizia romana potesse assumere un'importanza pari a quella delle *aedes* di cui era accessoria (ricordiamo, tra le pubbliche, la cloaca massima in Roma e la sontuosità delle *aedes* e quindi delle cloache stesse private da casa a casa), tuttavia a quell'epoca nella quale si concesse l'*uti possidetis*, era già molto verisimilmente tutelata dal suo interdetto speciale.

La presenza d'interdetti speciali evidentemente avrebbe resa inutile l'applicazione dell'interdetto generale, anche se questo nella sua applicazione non avesse dovuto incontrare altro ostacolo: e noi possiamo non solo all'*interdictum de cloaca privata*, ma anche all'*interdictum de itinere actuque privato* e all'*interdictum de aqua quotidiana et aestiva* e a quello *de aqua ex castello ducenda*, tranquillamente assegnare un'antichità non di molto inferiore a quella dell'*interdictum de cloacis*, e ad ogni modo una sicura anteriorità a quest'ultimo interdetto, perchè gli *iura itinerum et aquarum* essendo antichissimi nel diritto stesso, antichissima doveva essere del pari la loro tutela possessoria. L'interdetto *uti possidetis* si distingue, come abbiamo visto, dalle speciali tutele interdittali sopra considerate, inquantochè esso ha per base il possesso legittimo — *nec vi, nec clam, nec precario* —, che gli interdetti speciali non richiedono: senonchè la posizione di colui che richiedeva l'interdetto *uti possidetis* era ad ogni modo una posizione favorevole, inquantochè non si poteva certo domandare a lui la prova negativa della *vis*, della clandestinità e del *precarium;* ma, le apparenze deponendo in suo favore, a quelle si doveva stare senza cercare oltre,

Digitized by Google

finchè almeno l'avversario non avesse contrapposto qualche vizio del possesso. Non era più la provvisorietà del provvedimento giustificato sopra un momento di uso positivo o sopra un fatto determinato: era un provvedimento, la durata della cui efficacia non supponeva limite e giungeva fin dove non si imbattesse con un provvedimento contrario di maggiore efficacia o di maggiore stabilità. L'*uti possidetis* ordinariamente serviva d'introduzione al petitorio ed aveva anche importanza recuperatoria: evidentemente però non rappresenta la risoluzione definitiva della controversia, malgrado la legittimità di cui è circondato. Del resto, non solo l'esclusione di questo interdetto per le *cloacae* è sintomatica, perchè dimostra che nella mente del legislatore si affacciava il dubbio che l'interdetto potesse applicarsi alla servitù di cloaca in ispecie e alle servitù in genere; ma è anche giustificata da ragioni di grandissima opportunità, data la natura non tanto semplice delle indagini sull'esistenza delle servitù e quindi la necessità di sistemare i possessi provvisoriamente, in attesa della risoluzione definitiva. Quindi, se l'utilità della tutela interdittale, accordata coll'interdetto *uti possidetis*, si estende anche alle servitù, non vi è proprio ragione di allarmarsi di fronte alle chimeriche difficoltà della costruzione d'un quasi-possesso delle servitù, perfettamente paragonabile al possesso della proprietà: nè, per le cose dette altrove, si deve ritenere che l'interdetto di cui si tratta sia stato accordato alle servitù prediali in forma utile, anzichè in forma diretta. Una cosa ci sembra opportuno notare: ed è che ogniqualvolta la giurisprudenza ponesse a disposizione del proprietario del fondo dominante una delle azioni speciali di cui nell'articolo precedente, e man mano che ciò accadeva, non solo non metteva conto ch'egli ricorresse all'interdetto generale *uti possidetis*, ma l'uso di questo interdetto era anche meno opportuno e meno facile per l'attore bisognoso di tutela nell'esercizio della sua servitù.

Infatti, a mo' d'esempio, per l'*interdictum de itinere actuque privato* si richiedeva l'uso legittimo (uso legittimo non è poi detto che sia sempre la stessa cosa di possesso legittimo) *nec vi, nec clam, nec precario*; ma l'*interdictum de aqua ex castello ducenda* può invocarsi da colui che

Digitized by Google

ducit aquam ex castello o in forza d'una servitù imposta, o anche semplicemente, come dice ULPIANO, per la semplice opinione di ritenervela imposta. Quale enorme distanza tra l'opinione di esser titolare d'una servitù imposta per condurre l'acqua *ex castello* e la dimostrazione del possesso legittimo di una tale conduttura; quanta differenza nella procedura e nella laboriosità delle indagini! Ma intanto, senza dubbio, anche allo scopo di sperimentare l'*uti possidetis* si richiedeva il godimento di un certo stato di cose a titolo di possesso o quasi-possesso; e questo stato di cose presuppone l'esercizio già inoltrato della servitù e non si attaglia alla domanda di esercitare ora per la prima volta la servitù stessa, perchè in tal caso non le possessorie, ma le azioni petitorie dovrebbero sovvenire l'attore. Evidentemente poi il magistrato, nell'emanare l'interdetto *uti possidetis*, non può cambiare lo stato del possesso e in generale non può cambiare lo stato delle cose, come questo trovavasi esistere al momento in cui l'interdetto stesso era accordato: e quindi non può aumentare nè diminuire le facoltà o il campo del godimento o del quasi-possesso che costituiscono il contenuto della servitù prediale di cui si tratta; perchè appunto si potrebbe dire che *tantum interdictum quantum* (*quasi-*)*possessum*. Il provvedimento non smentisce, nè deve smentire l'indole sua conservatrice, non giustificata da una *vis ex conventu*, come malamente vorrebbe argomentarsi da un passo di CICERONE a TREBAZIO, ma piuttosto, come TEOFILO (1) argomentò, dalle minaccie dell'avversario. Del resto, l'indole e la struttura dell'interdetto, così com'è esposta in questo titolo delle *Istit. giust.* sugli interdetti, nulla ha di repugnante alla struttura delle servitù, purchè, bene inteso, il concetto del possesso si attagli alle servitù prediali; magari mitigandolo col concetto di approssimazione fornito dal *quasi* e facendosi guidare sempre dall'idea dell'utilità obbiettiva (non dell'utilità in senso tecnico) per oltrepassare sopra qualche lieve difficoltà della formola stessa.

141. Si può con sicurezza affermare l'applicabilità dell'*unde vi* alle servitù prediali? Per recuperare il possesso o

(1) Ad § 1, *Instit.*, IV, 15.

Digitized by Google

il quasi-possesso d'una servitù, della quale il titolare fosse stato spogliato per violenza, un mezzo legale sarebbe stato certamente, non solo utile, ma necessario, non meno di quanto si riscontrava necessario a riguardo della proprietà. Le *Istituzioni giust.*, § 6, IV, 15, partendo dall'ipotesi che *quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit*, riconoscono la esistenza di un interdetto *unde vi*, grazie al quale *is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possidebat.* La formola, riferitaci da ULPIANO nei suoi commenti edittali (l. 1, Dig. 43, 16), era: *unde te illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummódo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.* Da questa formola non si rileva una precisa necessità di un vero possesso del fondo, dal quale si opera la *vi deiectio.* Vero è che, nel suo commento su tale editto, ULPIANO lo dichiara accordato *ad recuperandam possessionem* (ib., § 1) ed aggiunge che *deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat* (§ 9), e poi rincalza che *interdictum hoc nulli competit, nisi ei qui tunc, quum deiiceretur, possidebat; nec alius deiici visus est, quam qui possidet* (§ 23). Il giureconsulto poi fa anche dei casi pratici. S'intende *vi deiectus* tanto chi possiede *corpore* quanto chi possiede *animo.* Taluno si allontana dal suo terreno o dalla sua casa senza lasciarvi alcuno dei suoi; al ritorno gli è da altri impedito l'ingresso al suo fondo: ora, poichè nell'intervallo della lontananza il possesso del fondo si riteneva *animo etsi non corpore*, nell'ipotesi si ha vera e propria *vi deiectio* (ib., § 24). Il caso più evidente è quello che taluno espella da un fondo il vecchio possessore colla forza e vi si stabilisca pur con la forza (ib., § 28), *contra bonos mores.* Ebbene, l'ipotesi che non fa ULPIANO, ma che facciamo noi, è la seguente: Tizio ha la *servitus itineris* sul fondo di Caio; e, nell'atto di esercitarla, anzi a mezza strada, è affrontato violentemente dai bifolchi di Caio per ordine del padrone e costretto a retrocedere oppure a rientrare nel fondo dominante per la via più breve, magari sgusciando dalla siepe divisoria o saltando sopra la staccionata di confine. Che questa sia violenza, nessun dubbio; che questa violenza sia rivolta contro colui che

Digitized by Google

all'*animus* accoppiava il *corpus* della servitù, pure nessun dubbio; e nessun dubbio altresì che non sia possibile lasciare il titolare della servitù indifeso di fronte alle violenze del proprietario del fondo serviente, al quale egli non può od ha meno agio di contrapporre altre violenze. Ad ogni modo la legge, ch'è nemica delle violenze, deve trovar modo di provvedere. L'*unde vi* fu esteso per necessità (così ULPIANO, nei §§ 13-17 della l. 3, Dig. 43, 16) all'usufruttuario e all'usuario, qualora *vi deiecti* e *non admissi* a rientrarvi dopo una precaria assenza, semprechè però l'usufrutto e l'uso siano stati già per alcun tempo esercitati (altrimenti si darebbe non l'azione possessoria, ma la rivendicazione dell'usufrutto): e questo potrebbe spiegarsi per il probabile contrasto tra le pretese del proprietario e i diritti dell'usufruttuario od usuario, sulla cosa sottoposta ad usufrutto o ad uso, inquantochè l'esercizio delle rispettive facoltà, da una parte e dall'altra, si può trovare continuamente in collisione. La ragione di questa collisione, immediata, necessaria, continua, quando l'una delle parti non riconosca il diritto dell'altra sta in ciò che l'usufrutto o l'uso investe tutta quanta la cosa che vi è sottoposta, in tutte le sue utilità, nell'intiero sfruttamento di essa, considerata come fonte di svariate soddisfazioni; mentre la servitù non è che un parziale sfruttamento della cosa serviente. Oltre a ciò, guardando bene addentro, il proprietario che discaccia dal fondo uno che anche legittimamente vi eserciti la servitù di passaggio, non esercita quella *vis atrox*, o *vis foeda*, o *contra bonos mores* che appunto il legislatore ebbe in animo di reprimere: poichè, in ispecie quando non vi sono testimoni presenti, il proprietario può sempre dire di aver discacciato l'utente della servitù perchè egli abbia abusato della servitù, ossia abbia oltrepassato la sfera di attività contenuta nell'esercizio della servitù stessa; e la sua asserzione è più credibile di quella del suo avversario, perchè, essendo egli investito della pienezza del diritto sulla cosa, ha diritto di contenere l'avversario nei limiti del minimo esercizio, appunto per la legge del mezzo di cui tenemmo proposito tra le regole generali della servitù. Non è dunque perchè l'usufrutto sia una servitù personale, che per esso il Digesto espressamente ammette l'*unde vi*, ma sibbene perchè l'usufrutto e

Digitized by Google

l'uso investono l'usufruente e l'utente di tali facoltà sulla terra o sull'edificio oggetto del suo diritto, che egli può escludere il proprietario: cosa la quale non accade nelle servitù prediali, perchè in queste non v'è servitù, per importante che sia, la quale escluda la contemporanea azione *iure proprietatis*, in quanto con quella *iure servitutis* sia compatibile. A mo' di esempio, se io, proprietario del fondo serviente, vo attraverso quello, anche il proprietario del fondo dominante può andarvi contemporaneamente; e viceversa. La differenza sarà nel modo di andare e nel tempo impiegato per andare: talchè io posso redarguire il proprietario del fondo dominante, se, nell'esercizio della sua servitù, egli si ferma *delectationis causa;* mentre io a questo scopo posso fermarmi quanto voglio e indugiare nel percorrere il mio fondo, anche contemporaneamente all'altro. Se il proprietario del fondo serviente mette le mani addosso al proprietario del fondo dominante, novanta volte su cento egli lo fa per ridurre nei dovuti confini l'azione di esso proprietario del fondo dominante. Egli è sempre nell'esercizio del suo diritto di proprietà: il suo diritto di proprietà potrà essere stato esagerato dalla finezza delle sue percezioni e dalla suscettività del suo esclusivismo, ma intanto le più volte egli, se vuole e sa, può trovar cavilli e sottigliezze per dar molestia al suo vicino esercente la servitù, tanto da giustificare, almeno a primo aspetto, la violenza, per quanto questa sia giustificabile. E la violenza può anche trovare una specie di giustificazione dalla ragion di domicilio: il proprietario del fondo serviente, quando esercita violenza sul proprietario del fondo dominante si trova nel suo domicilio; mentre l'usufruttuario o l'usuario di un fondo, urbano o rustico, può impedirne l'accesso sino al proprietario, e chiudergli la porta o il cancello del fondo sulla faccia, almeno finchè dura l'esercizio dell'usufrutto o dell'uso di cui si tratta. La differenza di posizione caratterizza assai bene la diversità della violenza e delle conseguenze della violenza nell'uno e nell'altro caso: e rende evidentissimo come la tutela giuridica non vuol essere la stessa nell'uno e nell'altro caso, perchè appunto vuol essere adattata alla diversità della posizione giuridica. Pensiamo ora che cosa accadrebbe se l'interdetto *unde vi* si accordasse a tutela anche delle servitù

Digitized by Google

prediali. Il proprietario del fondo serviente dovrebbe munirsi di testimoni *de visu* per giustificare la propria violenza sul proprietario del fondo dominante nel momento in cui questo *pertransit* sul fondo sul quale egli ha la servitù di passaggio: dal momento che il proprietario del fondo dominante non è autorizzato alla sua volta a far questo, perchè non è autorizzato a farsi accompagnare da altri nell'esercizio della *servitus itineris;* altrimenti questo semplice fatto lo porrebbe dalla parte del torto e legalizzerebbe in certo modo la violenza del proprietario del fondo serviente. Or dunque si disdice, è incivile per il titolare di uno *ius optimum maximum*, quale è il diritto di proprietà sul fondo serviente, ricorrere all'assistenza, e sia pure alla testimonianza personale di terzi, per giustificare una energica affermazione del suo diritto pieno: ed anche sarebbe per lui disdicevole ricorrere agli agenti di polizia, dappoichè le leggi debbono porlo in grado di tutelarsi da sè, data l'indole del suo diritto, le cui limitazioni nè si presumono, nè si sottintendono, nè si favoriscono. Il proprietario, per quanto materialmente rude all'esercizio dello *ius optimum maximum*, giuridicamente non si rende mai colpevole di quella violenza che procede da prepotenza e che conduce al disordine giuridico, ossia di quella violenza *contra bonos mores*, ch'è interesse pubblico di reprimere in via civile; salve sempre le eventuali repressioni penali, quando ne sia il caso. Solo una vuota sentimentalità può favorire l'esercente d'una servitù prediale: che questa vuota sentimentalità sia una tendenza moderna, non è dubbio, ma neppure è dubbio che la giurisprudenza debba porvi un argine, non perchè (come taluno inconsultamente pretese) le leggi romane favoriscano un concetto assoluto e ferreo della proprietà (quasi un anacronismo pei tempi nostri); ma perchè le limitazioni al diritto di proprietà vanno sempre intese in senso rigoroso, se non si vuol distruggere addirittura il concetto di proprietà. La nostra magistratura dovrebbe tenersi invero più salda di quanto non sia su questi principî, che costituiscono il vero spirito del concetto giuridico di proprietà e una delle chiavi per regolare i rapporti reali nel campo del diritto. Di queste verità, se qualche cosa oggi fa velo al nostro intendimento, ci accorgeremo presto e la spinta probabilmente verrà dai

Digitized by Google

giuristi, veri depositari delle tradizioni romane e ministri di una logica che solo a menti appassionate sembra aver fatto il suo tempo, ma la cui utilità di tanto in quando viene a far capolino.

142. Infine si domanda se alle servitù prediali siano applicabili gli altri interdetti relativi alle *res soli*, e cioè l'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (tit. 4, lib. 43, Dig.) e l'interdetto *quem fundum* (ULPIANO, *Instit. fragm. vindob.*, § 4). La formola di quest'ultimo interdetto, *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis*, parallelo all'interdetto *quam hereditatem*, non ci è nota. Soltanto ULPIANO ci dice che *si fundum ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem.* Quanto al primo interdetto, la formola ci è stata tramandata da ULPIANO nei suoi commenti edittali (L. 1, Dig. 43, 4) nel modo seguente: *si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo, eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessione bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo.* Ora supponiamo che taluno chiegga ad altri davanti al magistrato l'esercizio della servitù e la *lis non defendatur* dall'avversario; può questo essere costretto a consegnare la servitù a colui che la domanda, o, in altri termini, a permettergli l'esercizio della servitù stessa? Come si vede, quest'interdetto suppone una precedente *missio in possessionem rei servandae causa*, o *causa legatorum*, o *ventris nomine* (L. 1, § 2, Dig. 43, 4): quindi se per la servitù si dà una *missio in possessionem*, non dev'esservi difficoltà alcuna ad accordare questo interdetto; se non si dà *missio in possessionem*, neppure l'interdetto può ammettersi. Or qui non siamo nè in materia di tutela provvisoria di un diritto ereditario, nè in materia di una rifiutata *cautio damni infecti*, nè nel procedimento esecutivo della *bonorum venditio*, nè della garanzia di un diritto di credito, o per il ritardo dell'erede a soddisfare un legato: dunque non v'è proprio ragione nè di una *missio in possessionem* nè di una *missio in quasi-possessionem.*

Dunque, quanto all'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, non è possibile farne applicazione al quasi-

Digitized by Google

possesso della servitù: circa poi all'interdetto *quem fundum* non vi è modo di adattare neppur questo alle servitù prediali, dappoichè qui non si tratterebbe di un'azione petitoria, alla quale l'avversario non rispondesse, e di un conseguente trasferimento del possesso senza idea di vera provvisorietà, ma per tempo indeterminato, e cioè finchè l'avversario non riesca a far valere in giudizio dei titoli poziori con un'azione più efficace. Se in azione petitoria di servitù l'avversario non si difende, si applicano i principî generali della contumacia; non vi è ragione di una speciale *missio in possessionem* o *in quasi-possessionem*, dal momento che colui il quale ha una giusta pretesa ad una servitù prediale, può esercitarla, e, se dal fondo serviente è respinto da parte del proprietario di esso, ha le azioni petitorie o possessorie a seconda dei casi. L'interdetto *quem fundum* è relativo al fondo intiero, ossia all'esercizio di qualsivoglia forma di sfruttamento su tutta l'estensione di esso, come se si trattasse di usufrutto: ed è appunto quello che non serve nè può servire a chi pretende all'esercizio di una servitù, per la quale dovrebbe darsi invece l'interdetto *quam servitutem*, che noi già abbiamo escluso. Ora, escluso l'interdetto *quam servitutem*, a maggior ragione deve escludersi l'interdetto *quem fundum;* perchè invero sarebbe ridicolo e contro al sistema del diritto romano accordare come utile al quasi-possesso un interdetto generale appropriato al possesso, allorquando vi potrebbe essere un interdetto diretto e specifico per il quasi-possesso della servitù. L'interdetto *quem fundum* è accordato all'attore quasi come penale contro il convenuto che trascura di difendersi in sede petitoria: e, più utile di un interdetto a scopo provvisorio durante le more di un giudizio indaginoso, possa o non possa intrecciarsi coi provvedimenti relativi alla contumacia, è ad ogni modo esauriente per gli interessi dell'attore il quale non abbia per fine di alienare la proprietà, di cui si discute, sul fondo del quale egli non va ad ottenere che il semplice possesso. Ora il proprietario del fondo dominante non può alienare la servitù e quindi deve contentarsi di avere il quasi-possesso ossia l'esercizio della servitù stessa; ma può alienare il fondo dominante, ed ha quindi interesse di mettersi in regola anche per il petitorio. Senonchè, mentre egli provvede al petitorio, ha i suoi

Digitized by Google

interdetti possessorî che non investono tutto il fondo nè presentano un contenuto generico estensibile a tutte le servitù, ma o sono radicati sul possesso (*uti possidetis*), o sull'uso o su di un esercizio speciale di una servitù determinata. I suoi rapporti e le sue facoltà di esercizio non investono tutto il fondo, ma solo una data utilità del fondo, una data potenzialità del fondo; all'infuori di questa utilità e di questa potenzialità non si può spaziare, tanto più che la parola *fundus* dell'interdetto *quem fundum* non ammette interpretazioni assimilative (e infatti non vi è, nè vi può essere un *quasi-fundus*), trattandosi di un concetto obbiettivo dotato di una potentissima e visibile unità esterna e reale.

Digitized by Google

CAPO II.

Manutenzione.

143. Indole dell'azione. — 144. Durata e legittimità del quasi-possesso. — 145. Oggetto del quasi-possesso. — 146. Sulla manutenibilità delle servitù imprescrittibili e non sorrette da titolo.

Bibliografia.

VITALI V. — *Di alcuni criteri della manutenzione della servitù di presa d'acqua* (*Studi senesi*, Siena, IX, 141).

Le servitù necessarie di transito e l'azione possessoria di manutenzione, in nota alla sentenza 17 febbraio 1881 della Corte di cassazione di Roma, Ginanni c. Pasquali (*Foro italiano*, 1881, I, 261).

143. L'azione di manutenzione è l'azione ordinaria data a tutela del possesso: la sua origine è evidentemente da *manus*, quasi per riprendere nel pugno ciò che prima si teneva in pugno. E perciò sembrerebbe conveniente figurarsela almeno in origine, come appropriata soprattutto a cose mobili, la cui disponibilità materiale sia stata perduta da chi vi aveva diritto. Quest'azione, il cui contenuto tecnico è posteriore al diritto romano, ha pure qualche punto di rassomiglianza coll'interdetto *uti possidetis* del diritto romano, ch'è *retinendae possessionis;* come sono *retinendae possessionis* l'interdetto *ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur*, l'*interdictum secundarium* contro il non-possessore, l'interdetto *de cloaca privata*, l'interdetto *ne vis fiat aedificanti*, l'interdetto *de migrando*, l'*uti possidetis* utile dell'usufruttuario, l'interdetto *de superficiebus*. In questa parte generale, sotto il capo precedente, noi ci siamo fermati soprattutto sull'interdetto *uti possidetis* come fondamentale e della massima importanza: ma la *maintenue* del diritto francese, considerata come conferma o mantenimento di possesso, assunse un carattere anche più reale di quell'interdetto, perciocchè non solo si rivolse contro l'autore delle molestie o turbative o suoi eredi, ma anche contro i terzi detentori. In Francia l'antica espressione delle consuetudini era *complainte en cas de saisine et de nouvelleté;*

Digitized by Google

prendendosi questa parola, caduta poi in desuetudine, nel senso di turbativa. Taluni ne attribuiscono la procedura a LUIGI IL SANTO, altri a SIMON DE BUCY (m. 1358): prevale però l'opinione della paternità di LUIGI, il quale nei suoi *stabilimenti* (ordinanze, statuizioni, lettere destinate a perpetuo vigore) distinse l'azione possessoria latamente considerata nelle tre categorie o specie di azione di violenza, azione di nuovo possesso e azione di turbativa. Il giudice o esaminatore della causa, oppure l'usciere o il sergente da quel giudice incaricato doveva recarsi sopra luogo, ossia *ricondurre l'azione possessoria al fatto sopra luogo* coll'intervento delle parti. Se il convenuto si confessava spossessato o non allegava di aver diritto sulla cosa o non faceva opposizione, l'esecutore rimetteva l'attore in possesso, togliendo l'impedimento e fissando il giorno per la convalida dell'atto: ma se il convenuto stesso sosteneva di avere agito a sostegno di un diritto proprio, allora la cosa si metteva e si teneva sotto sequestro fino alla decisione del merito. Era dunque un sistema opposto quasi al sistema interdittale romano, perchè con questo si dava il possesso provvisorio all'attore sino all'espletamento del merito, qualora egli avesse giustificato certi determinati requisiti di possesso; mentre con quello bastava una semplice opposizione con richiamo al merito per ordinare il sequestro come esito ed unico esito possibile del procedimento possessorio (1). Tra questi due metodi, tra queste due vie diverse e contrapposte si è posta la legislazione moderna francese e italiana coll'azione di manutenzione, distaccando completamente, fino all'esagerazione e talvolta alla parodia e all'impossibile, il possessorio dal petitorio: sicuro indizio di decadenza delle istituzioni giuridiche! Si volle cercare di realizzare, ossia di rendere reale, l'azione possessoria troppo più che non consentisse la natura della molestia, ch'è fatto soprattutto personale; mentre gli interdetti romani erano diretti soltanto contro gli autori delle molestie o turbative, in quanto queste molestie o turbative rappresentavano dei fatti o atti personali rivolti sulla cosa,

(1) V. MERLIN, *Répertoire*, v. *Azione possessoria in caso di turbativa.*

Digitized by Google

ma sempre prodotti dall'attività umana e non dal fondo che non ha vita di relazione, bensì soltanto attività organica vegetativa, neppure per organo dei suoi terzi detentori, dai quali la turbativa stessa non ha avuto origine. Per questo riflesso noi siamo pronti a scendere in campo nella discussione sulla buona fede da un canto e sulla mala fede dall'altro canto. Sulla buona fede da parte dell'attore in possessorio si è discusso abbastanza a proposito dell'interpretazione dell'art. 700: talchè ora rimane a trattare della mala fede da parte del convenuto, autore delle turbative o molestie. Che il convenuto, per aver perpetrato delle molestie o turbative del possesso, siasi dovuto trovare in mala fede non v'ha alcun dubbio, purchè però si tratti del non-proprietario della cosa di cui si tratta o di colui il quale senza alcuna malizia riteneva di essere tale: un estraneo alla proprietà, anche se pretendente al possesso, non poteva essere che in mala fede. Giova esemplificare.

Io mi trovo pubblicamente e pacificamente nel quasi-possesso d'una servitù prediale sul fondo *B* come proprietario del fondo *A*; ma il proprietario del fondo *B* un bel giorno si risveglia più proprietario di quanto non sia e mi divieta a forza il transito per la zona che io pretendo affetta della servitù di passaggio. Egli ha un diritto più pieno e poziore del mio, senza dubbio, sulla zona del fondo *B* adibita come strada; ma il conflitto non avviene già perchè egli contrasti a me la misura o l'estensione del mio passaggio *iure servitutis* di fronte al suo passaggio *iure proprietatis* sulla stessa strada, bensì perchè egli pretende che quel diritto di servitù non mi spetti. Dunque la sostanza, la materia della controversia è nel petitorio: e, se egli colla sua violenza, colla sua turbativa la trasporta nel possessorio, dopo avermi tollerato o riconosciuto per un certo tempo nel quasi-possesso della servitù, il torto è suo, unicamente suo. Egli ha torto; perchè, mentre si sarebbe potuta giustificare la sua violenza iniziale al mio esercizio del passaggio per diritto e non per semplice favore o per officiosità, non si giustifica più dopo che io ho fatto affermazione solenne ed efficace di un diritto reale con vere e proprie pretese di petitorio o che corrisponderebbero all'esperimento del petitorio se l'esercizio del diritto

Digitized by Google

mio sulla cosa cadesse in contestazione di merito: questa specie di risveglio postumo dei diritti del proprietario rivela in esso un'intenzione punto giuridica. Peggio poi se la turbativa provenga da parte di terzi: essa ordinariamente è diretta non solo contro il diritto dell'esercente la servitù, ma anche contro il diritto dell'esercente la proprietà; e perciò questi due sono cointeressati a respingerla. Vi è una ipotesi in cui il proprietario del fondo serviente si mette quasi nella posizione di terzo rispetto a colui che esercita la servitù prediale, contro il cui esercizio è rivolta la turbativa: e il caso è che esso proprietario del fondo serviente, pur riconoscendo il diritto alla servitù in chi ne ha l'esercizio, impedisca in un modo qualsiasi questo esercizio stesso o per emulazione o per dispetto o per vendetta o per altra causa antigiuridica. Insomma il concetto dell'azione di manutenzione è di accordare a colui, il quale, fino a pronuncia contraria del magistrato, ha il diritto all'esercizio del quasi-possesso della servitù prediale, l'esercizio di fatto di un tale diritto, malgrado gli ostacoli e contro gli ostacoli d'ogni specie, sì morali che materiali, i quali possono essergli frapposti o dal proprietario nel secondo dei casi sopra richiamati o dai terzi; che illegalmente in ogni caso e soltanto illegalmente possono frammettersi nei possessi altrui, senza aver prima riportato una pronuncia favorevole del giudice che riconosca in essi qualità d'interessati ed escluda qualità di terzi nel rapporto possessorio col fondo serviente. Quando il possessore del fondo *iure proprietatis* o il quasi-possessore di esso *iure servitutis* avranno riportato dal giudice una sentenza, per la quale siano messi in condizione di esercitare pienamente e tranquillamente il loro diritto possessorio o quasi-possessorio, allora il contenuto nell'azione di manutenzione potrà ritenersi praticamente esaurito. E l'esercizio dell'azione di manutenzione è la via meno agitata delle controversie possessorie, la quale appunto si preferisce sempre allorchè la turbativa del possesso sia stata più calma e con un torto e un desiderio di prepotenza meno accentuato di quanto accada nello spoglio violento, contro il quale è accordata la reintegranda. Come si sa poi, l'azione di manutenzione e quella di reintegrazione, considerate entrambe come azioni possessorie,

Digitized by Google

appartengono alla competenza del pretore per materia (articolo 82 Codice proc. civ.), quale che siasi il loro valore: e ciò appunto perchè lo scopo di sollecitare il disbrigo del possessorio mal si concilierebbe colla competenza di un tribunale lontano, anche se questo tribunale potesse procedere in via sommaria. Nel che senza dubbio la moderna procedura ha subìto i benefici effetti anche del procedimento francese qual era sotto i vecchi *stabilimenti* e le vecchie consuetudini locali.

144. L'azione di manutenzione non si concede al primo venuto: per esercitarla occorre anzitutto essere possessore legittimo del diritto reale o servitù di cui si tratta. E il possesso è legittimo quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa come propria (art. 686); gli atti violenti o clandestini non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo (art. 689). S'intende poi anche che, per trattarsi di possesso o quasi-possesso legittimo, vi dev'essere quasi-possesso, cioè fisica disponibilità o godimento di un diritto o direttamente o per interposta persona: dappoichè in questo senso conviene adottare quanto l'art. 685 Cod. civ. dispone per il possesso delle cose senza rettificare pei diritti il concetto di possesso nell'altro di quasi-possesso, dovuto alla dottrina e alla giurisprudenza che hanno radice nelle fonti romane. Per avere il quasi-possesso manutenibile di un diritto non è sufficiente avere in mano il titolo dal quale questo diritto ha origine, ma conviene godere l'esercizio del diritto che scaturisce dal titolo stesso: altrimenti in che consisterebbe il possesso e quale urgenza vi sarebbe per accordare la tutela possessoria in luogo della petitoria? Negli articoli anteriori al 694 poi il nostro Codice non ha un solo accenno al concetto che il possesso debba presumersi come legittimo fintantochè non è dimostrato illegittimo; mentre ha una parola espressa per dichiarare che si presume sempre che ciascuno possegga per sè stesso e a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui (art. 687). Non è nostro còmpito sviluppare e determinare nei suoi singoli elementi il concetto di possesso legittimo; perchè questo spetta alla teoria del possesso e la legittimità

Digitized by Google

del quasi-possesso nulla del resto ha di diverso dalla legittimità del possesso. Per noi interessa invece in modo speciale il requisito della durata del possesso stesso; inquantochè per promuovere l'azione possessoria di manutenzione conviene trovarsi da oltre un anno nel quasi-possesso legittimo della servitù e inoltre proporre l'azione di manutenzione entro un anno dalla data della molestia o molestie, da cui risulta la turbativa dello stesso quasi-possesso. La proposizione dell'azione entro l'anno dalla turbativa risponde alla necessità della speditezza, che è tutta propria delle azioni possessorie: la durata annale del quasi-possesso legittimo pel quale la manutenzione è accordata risponde allo scopo di non accordare la tutela delle leggi se non a quelle posizioni di fatto che per la loro stabilità e durata meritano la tutela stessa, che non hanno neppure l'esteriorità del transitorio o l'apparenza dell'instabilità. Queste precauzioni, per esser giusti, costituiscono un ottimo elemento legislativo integratore di un'idea elementare e semplice, quale quella della tutela del possesso in generale.

Quanto alla durata del possesso, noi ci troviamo tuttavia in presenza di una questione transitoria, trattata abbastanza diffusamente e competentemente, insieme alla questione sulla manutenibilità delle servitù imprescrittibili, dal LUPARIA nell'opera citata in bibliografia generale delle azioni possessorie: il possesso iniziato sotto il Codice italiano, che non ammette la prescrizione di alcune servitù, può servire di base alla azione di manutenzione nel possesso attuale? *Quid* se esso ebbe principio sotto una legge precedente che ammetteva la prescrizione? La prima di queste questioni, sostanzialmente, è stata da noi risoluta: l'art. 694 Codice civile non fa distinzioni ed ammette la manutenibilità di tutte le servitù che si trovino nella posizione da lui determinata; il possesso per la manutenzione non ha che fare col possesso per la prescrizione, e, se un possesso trentennale non produce alcun effetto, un possesso annale può benissimo produrre un effetto diverso, come in diritto romano abbiamo la *possessio ad interdicta* accanto alla *possessio ad usucapionem*, e in diritto nostro sono manutenibili le cose dotali e le cose dei minori benchè imprescrittibili. D'altra parte, il possesso delle ser-

Digitized by Google

vitù discontinue non è precario o a titolo di semplice tolleranza, per sè stesso e per sua natura; gli articoli 686 e 687 vi si oppongono, mentre l'art. 630 non ha fatto già una presunzione eccezionale contraria a quella dell'art. 687, ma, secondo la relazione Deforesta al Senato, ha voluto soltanto impedire la eccessiva facilità del vincolo alla proprietà. L'articolo 23 del Codice francese di procedura ammette l'azione possessoria, quando il possesso sia pacifico e non precario, ma non esclude le servitù discontinue; però la giurisprudenza escluse dall'azionabilità possessoria le servitù imprescrittibili per l'art. 2229, insistendo sull'art. 39 del progetto della Cassazione francese, che i compilatori del Codice Napoleone non avevano voluto accettare! Anche nella redazione del Codice albertino il Consiglio di Stato aveva respinto analoga dichiarazione (*Motivi*, vol. I, pag. 457), ma anche la Cassazione ritenne la non-manutenibilità delle servitù imprescrittibili. Avendo il legislatore italiano nell'art. 694 taciuto della non-manutenibilità delle servitù imprescrittibili, è segno che egli, pur conoscendo la questione e i dubbi intorno ad esse, le ha volute manutenibili. Sulla questione transitoria, e cioè se, nella dannata ipotesi della non-manutenibilità di servitù imprescrittibili, si possa trar partito da un possesso cominciato sotto una legge precedente che ammetteva la prescrizione, il LUPARIA riporta una risoluzione della Cassazione di Firenze, nel senso che, una volta cominciato con attitudine alla manutenzione in conseguenza dell'attitudine alla prescrizione, il possesso stesso, per i principî generali di diritto e per l'art. 687, non poteva considerarsi, qualora non intervertito per causa legittima, come continuato ad altro titolo. La legge nuova, dichiarando quel possesso inetto a compiere una prescrizione iniziata sotto l'antica legge, non l'ha già per questo intervertito, nè ha posto nel nulla ciò che in effetto è, ossia che siasi cominciato e proseguito a possedere a titolo di servitù. Continuando a questo titolo, il possesso non sarà prescrittibile, ma non è detto che non sia manutenibile, perchè la legge che gli negò la prescrittibilità va intesa in senso restrittivo: il legislatore avrebbe potuto a questo possesso negare anche la manutenibilità come la prescrittibilità, ma non avrebbe potuto nè volle cangiare in

Digitized by Google

possesso a titolo precario un possesso tenuto *animo domini*. L'autore, alle cui deduzioni ci associamo completamente, conclude che, potendosi ammettere secondo il Codice nostro l'azione possessoria per un possesso iniziato sotto il Codice stesso con un titolo e con una prova esclusiva della precarietà, dovrebbe anche ammettersi per un possesso iniziato sotto la legge antica senza necessità della prova di non-precarietà; perciocchè *la prova del possesso a titolo di servitù sta nella legge sotto la quale si è iniziato e nel principio generale che ciascuno, fino a prova contraria, è presunto possessore a titolo di proprietà.* Abbiamo voluto riportare testualmente queste ultime parole del LUPARIA, perchè da esse risulta come la nostra dottrina stessa siasi posta, sia pure senza insistervi fino alle ultime conseguenze, sulla buona via, di considerare il titolo e la causa di servitù come omogeneo od affine al titolo e alla causa di proprietà; infatti, per lo meno, il LUPARIA riconosce che come ciascuno, fino a prova contraria, è presunto possessore a titolo di proprietà, a maggior ragione dev'essere presunto possessore a titolo di servitù, quante volte le sue pretese sono limitate a questa. Del resto la durata di un anno nel quasi-possesso della servitù potrebbe essere da taluno riguardata come un requisito superfluo di fronte a quello della legittimità del possesso stesso; perciocchè, dal momento che noi tra le condizioni che formano la condizione di legittimità richiediamo nel possesso anche la qualità di non-precario, non ci dovrebbe bastare la stabilità generica del possesso, in quanto esclude la precarietà, e perchè vorremmo anche determinare in una durata fissa la non-precarietà del possesso stesso? L'obbiezione, dal punto di vista razionale, non manca certo di fondamento; ma bisogna osservare che le tradizioni del diritto romano in questa materia si sono imposte per l'anno accanto alla legittimità, ossia anche non-precarietà del possesso. Non è bastata dunque la non-precarietà, ma si è richiesta inoltre una stabilità speciale e più rigorosa, diremo quasi più lunga: dappoichè nella manutenzione il possessore non si trova di fronte ad un volgare predone o ad un violento spogliatore, ma bensì ad uno che ne turba il godimento o l'esercizio colla coscienza di avervi un diritto poziore o per lo meno

Digitized by Google

senza ricorrere (anche privo di coscienza di un tal diritto poziore) a mezzi nei quali sia tratta in pericolo la stessa sicurezza personale del possessore, in atto o solo in potenza. La manutenzione dei moderni Codici, come l'interdetto *uti possidetis* delle leggi romane, ha un'importanza, diremo quasi solenne, e una importanza quale non ha e non può avere alcun'altra azione possessoria; essa è l'azione possessoria per eccellenza e serve per la tutela del possesso di fronte ad una turbativa ordinariamente nè volgare nè puerile: deve quindi presentare delle garanzie di esercibilità che lasciano supporre com'essa sia a titolo di proprietà o di un diritto reale frazionario e quasi particola della proprietà stessa. Oltre a ciò, anche nella opinione popolare, la durata di una data osservanza conferisce molto ad attribuire a questa osservanza un carattere tutto speciale che, se pure non è di legalità, a questa certamente si avvicina. Il fatto di trovarsi oltre un anno in possesso o quasi-possesso di un fondo, ordinariamente, stante il trascorso di tutte le stagioni, è rivelatore di qualche servitù, se servitù vi è; perchè in quell'anno la servitù, se fosse esistita, avrebbe pur dovuto in qualche guisa rivelarsi in atto così agli occhi del proprietario del fondo serviente, come agli occhi dei vicini e di chiunque abbia voluto in questo senso dirigere le proprie indagini sul fondo serviente stesso. Insomma questa durata di tempo non aggiunge e non toglie efficacia alla legittimità risultante dall'esclusione dei vizi di violenza, di clandestinità, di precarietà; ma soltanto dà il mezzo di constatare uno o più atti di qualsivoglia servitù, per quanto accentuatamente discontinua. Nè si può dire che senza questo requisito, di durata annale, il possesso e il quasi-possesso che si traduce nell'esercizio della servitù potrebbero non esser legittimi perchè apparirebbero clandestini: non si può dire, perchè per evitare il vizio della clandestinità basta far tutto alla luce del sole e non è necessario ripeter molto di frequente gli atti di esercizio della servitù: cosa che non sarebbe del resto, nè sarebbe ugualmente possibile per ogni servitù discontinua; non potendo davvero neppur sempre nè illimitatamente un tale acceleramento di atti d'esercizio conciliarsi colla natura della rispettiva servitù. Trattandosi, a mo' d'esempio, di acqua estiva, la relativa

Digitized by Google

servitù non può esercitarsi che di estate: e però l'osservatore che comincia le sue osservazioni di autunno non può accorgersi di nulla nè durante l'autunno, nè durante l'inverno, nè durante la primavera. Nove mesi per lui saranno necessariamente inutili; e nell'estate, se per poco egli si allontana o comunque si trova impedito dalle sue osservazioni, rischia talvolta di ridursi agli sgoccioli della stagione per constatare l'esistenza della servitù di acqua. In questo caso, la servitù discontinua comporta dunque benissimo lo indugio di un anno tra un atto e l'altro di esercizio, o poco meno che d'un anno.

Ma pur vi sono, secondo l'art. 700 (per quanto rare), delle servitù che si esercitano ad intervalli maggiori di un anno: la pratica dell'ultimo godimento serve per determinare i diritti di chi ne gode, di chi la deve e di ogni altro interessato. Ora, in questo caso, come dobbiamo regolarci di fronte all'esercizio dell'azione di manutenzione? Se il periodo annale dell'esercizio (possesso legittimo) della servitù è stato fissato per dar modo agli interessati e ai terzi di constatare uno o più atti di esercizio della servitù; allorquando questa constatazione nell'anno non si è potuta fare, verrebbe meno lo scopo della legge se si ammettesse senz'altro l'esercizio dell'azione di manutenzione. Dunque l'anno astronomico converrà in tal caso prolungarlo anche per una parte dell'anno successivo, e cioè finchè divenga possibile di sorprendere almeno un atto di esercizio della servitù: perchè anche da un atto solo una persona oculata deve saper riconoscere se si tratti o no d'esercizio di servitù prediale, ma senza almeno un atto di esercizio egli vagherebbe nell'assoluta incertezza e non avrebbe elementi di convinzione. Ora chi osserva colla scorta di criteri giuridici e tecnici sa comprendere se quell'atto ch'egli ha osservato rivela l'esistenza di una servitù discontinua a periodi ultra-annali d'esercizio e se quell'atto è stato il primo dell'esercizio oppure è stato preceduto da altri, sebbene sia il primo caduto sotto la sua osservazione. Questo potrà risultare dalle circostanze varie del caso: e, p. e., dall'età dei manufatti allestiti in muratura con destinazione permanente per servire all'esercizio della servitù: che se non vi siano segni sufficienti, in tal caso conviene

Digitized by Google

necessariamente osservare due atti distinti di esercizio e avvicinarli per la causa, malgrado la distanza cronologica di essi. Se l'osservazione è cominciata di autunno e se occorre sorprendere due atti d'esercizio della servitù, si andrà a finire all'estate successiva e poi all'estate posteriore (sempre nell'ipotesi di una servitù di acqua estiva); e l'anno solare sarà duplicato per farvi entrare due estati, qualora l'osservazione cominci di autunno. Il quasi-possessore della servitù potrà avere l'*animus* di esercitare la servitù stessa fino prima del primo atto di esercizio: ma, se non può provare con lavori preparatori di adattamento di avere sin d'allora cominciato a mostrare il *corpus* del quasi-possesso, egli non può pretendere di aver dimostrato il possesso annale se non per l'intervallo da un atto all'altro di esercizio; poichè nell'esercizio appunto e nella disposizione dei mezzi per l'esercizio si concreta e si traduce il quasi-possesso di una servitù prediale. Che se egli abbia già compito, in un periodo maggiore d'un anno, uno o più atti d'esercizio della sua servitù, ma colui che lo molesta sia in buona fede perchè non ne abbia veduto o potuto conoscere che uno solo o quelli soltanto che sono compresi in un periodo non superiore all'anno, l'azione di manutenzione è sempre accordata in vista della obbiettività della circostanza della durata del quasi-possesso e senza badare ad altro fuorchè alla possibilità di una conoscenza dell'esercizio stesso, diretta o indiretta, nei terzi.

145. Nel risorgimento degli studi del diritto romano, l'azione di manutenzione (*uti possidetis*), benchè relativa al possesso legittimo, ebbe comprensione maggiore dell'*unde vi* e della reintegranda; estendendosi non solo ai mobili e agli immobili, ma anche ai diritti in genere e in ispecie a quelli *de superficiebus, de itinere actuque, de aqua quotidiana, de rivis*, ecc.: fu detto perchè l'*uti possidetis* appariva come il fratello minore della rivendicazione della proprietà, estendendo la sua impronta al possesso in ogni sua particolare manifestazione reale. A noi peraltro questo confronto non sembra esatto, per la ragione che la tutela di un diritto frazionario della proprietà, dal lato della struttura, non ci sembra punto paragonabile alla tutela di uno *ius optimum maximum*,

Digitized by Google

quale è quello della proprietà: d'altra parte non possiamo disconoscere nell'*uti possidetis* una specie di tendenza assorbente su tutto quanto il campo del possessorio, in diritto romano; tanto vero che i vari interdetti speciali, dall'*unde vi* in fuori, si plasmarono tutti su di esso, specialmente in quanto prospettavano il possesso legittimo. Nell'ordinanza francese del 1667 pure ammettevasi la manutenzione dei diritti reali, oltrecchè degli immobili, dei mobili e delle universalità di mobili. Ma, poichè oggi di questo pur si discute, noi dobbiamo domandarci quali difficoltà teoriche vi siano alla fine per mettere in dubbio la manutenibilità dei diritti reali. I diritti reali certamente non si toccano, non si detengono fisicamente con atto materiale; ma neppure gli immobili si detengono fisicamente, se per detenzione significar si vuole il tenere in pugno (impugnare) o il dominare colla potenza conservativa o distruttiva di un solo istante, come avviene per i mobili. È inutile vagare colla fantasia dal concetto di una detenzione a quello di una quasi-detenzione; la detenzione è un fenomeno unico, ed è fenomeno fisico: quando noi diciamo *detentore, detentore arbitrario, detentore provvisorio, detentore illegale* di un immobile non ci accorgiamo della colossale inesattezza che si racchiude nella nostra espressione, la quale non può adattarsi ad un concetto giuridico. Che dal fatto fisico della detenzione derivino o possano derivare conseguenze giuridiche è certamente innegabile; ma altro è dir questo, ed altro è dire che una detenzione che fisicamente è impossibile possa rendersi possibile soltanto dal punto di vista del diritto. Come non si detiene un immobile non si detiene un diritto, neppure quando esso è sostanziato in un titolo: se non vi è titolo del diritto ma semplice osservanza di un esercizio che dal diritto è soltanto tutelato in quanto è esercizio legittimo ossia fatto legittimo, neppure i sostenitori di una detenzione figurata o traslata dalla cosa al titolo possono venire ad alcuna conclusione nel senso della detenzione. Or gli immobili non si detengono fisicamente, perchè la loro disponibilità fisica non trovasi materialmente nelle mani dell'uomo: il proprietario o il possessore del fondo può cambiare continuamente, ma non per questo il fondo si sposta. E perchè dovrebbesi la manutenzione far dipendere

Digitized by Google

dalla detenzione, quando si ha un esercizio di un diritto e questo esercizio cade sotto i sensi mediante atti di disponibilità e di utilizzazione proporzionati e corrispondenti alla natura del diritto che noi vediamo in esercizio? È su questo esercizio che noi dobbiamo fissare la nostra attenzione; perchè anche la detenzione per i mobili non è essa stessa che l'esercizio di un diritto o di una pretesa o di una violazione del diritto. È sempre un detrito, un'emanazione giuridica, anche questa detenzione: e noi non dobbiamo certamente trascurare l'opportunità di venire ad una generalizzazione del concetto di esercizio, comprendendovi e quegli atti che sono legati ad una detenzione e quegli atti che colla detenzione non hanno un vero rapporto. Con questa costruzione è l'esercizio, comunque determinato, che cade sotto ai nostri occhi e al quale noi vogliamo aver riguardo per valutarne la portata e le conseguenze giuridiche. Ebbene: questo esercizio consta di atti esterni, nei quali è possibile investigare i caratteri tutti della legittimità del possesso, e cioè l'esser pacifico, manifesto, duraturo; ed anche il carattere della durata, quando serve. Questi atti costituiscono anche un'esteriorità rappresentativa di parte di quanto può essere e può darci un diritto di proprietà sulla cosa stessa nella quale l'esercizio cade: e quindi un possesso frazionario come il diritto reale al quale spetta.

Il possesso frazionario, perchè coesiste sempre col possesso generale del fondo, i cui atti d'esercizio sono contemporanei e paralleli agli atti d'esercizio del possesso *nomine proprietatis* o *proprietatis causa*, non si presenta con la stessa fisionomia del possesso del proprietario; e però si è creduto bene chiamarlo quasi-possesso di un diritto estrinsecantesi nell'esercizio del diritto stesso, e non già costituente un diritto a sè indipendente dall'esercizio nè, nel suo campo, dotato di una pienezza corrispondente alla pienezza del diritto di proprietà. Tenendo ferma la distinzione del petitorio dal possessorio (esagerata sovente nei diritti moderni, come vi è esagerata la tutela del possessorio stesso), l'esercizio dell'uno, cioè del petitorio, può risalire, anzi risale, a un diritto diverso dal petitorio, e cioè al diritto possessorio: per la qual cosa l'esercizio del possesso, in quanto il possesso è la manifesta-

Digitized by Google

zione esterna della proprietà, è ad un tempo l'esercizio della proprietà nella sua estrinsecazione pratica. E così il quasi-possesso è l'estrinsecazione pratica dell'esercizio della proprietà solo in parte: ma, quando è contemporaneo all'esercizio della corrispondente facoltà sulla proprietà del fondo serviente e *iure proprietatis*, esso si rivela pienamente in una luce del tutto indipendente dal possesso stesso. Allora appunto si chiama o può chiamarsi non più possesso ma quasi-possesso, talchè questi entrambi possono vivere e camminare parallelamente, per quanto indipendentemente l'uno dall'altro: ed allora noi possiamo sorprenderne la caratteristica accanto al possesso, come diversità di contenuto dal possesso *iure proprietatis*. Questo esercizio, che ha un corpo diverso nella servitù e nella proprietà, chiaramente si manifesta ai nostri occhi da un esame di confronto. Noi, vedendo che il proprietario del fondo dominante transita pel fondo serviente poco dopo che ha transitato per la stessa via il proprietario del medesimo fondo serviente, esaminando il fenomeno nella sua caratteristica, non possiamo certamente sconoscere che in questi atti consista il *corpus* della servitù di passaggio. Ebbene, se vogliamo ammettere un quasi-possesso delle servitù prediali, non è forse in questi stessi atti d'esercizio il *corpus* delle servitù medesime? Dunque la materialità corporea della servitù e del suo esercizio è tutta una; essa consiste nel passare attraverso il fondo altrui in modo diverso e con diverso atteggiamento che il proprietario non faccia: la qual cosa già vedemmo e chiarimmo sufficientemente a suo luogo. Ora per qual mai ragione non dovrebbe essere accordata la tutela possessoria a questi atti materiali d'esercizio su immobili, sol perchè essi non corrispondono ad una detenzione materiale dell'immobile, il quale non ne è suscettibile? Per la stessa ragione, lo ripetiamo, dovrebbe negarsi la manutenzione agli atti esteriori del possesso *iure proprietatis*, perchè questi atti di possesso, sebbene investano tutto il fondo e tutte le attività organiche e proprietà fisiche di esso, tuttavia neppure essi corrispondono alla detenzione corporale dell'immobile, diremo così, nel palmo della mano. Or se l'immobile, benchè non si tenga, tuttavia si possiede, non vi è difficoltà nel ritenere che la servitù, benchè non si

Digitized by Google

tenga, tuttavia si possegga (o quasi-possegga perchè è rivolta ad una o a poche e ad alcune qualità e proprietà fisiche del fondo, solamente): e che quindi i rimedi possessorî che si accordano al possesso *iure proprietatis* divengano quasi-possessorî *iure servitutis*, accordandosi all'esercizio che coincide col quasi-possesso della servitù stessa. Diversa cosa è per i semplici diritti o *nomina iuris* che non si traducono in un esercizio esterno con atti sistematici sul fondo di cui si tratta. Prendiamo, p. es., il diritto d'ipoteca. Vi è un momento critico in cui il diritto d'ipoteca, esaurendo il suo contenuto e conseguendo la finalità alla quale si riferisce, si traduce sul fondo che n'è colpito, e vi si traduce in forma di disponibilità fisica, e cioè ottenendone l'alienazione. Ma quest'alienazione per l'esaurimento della garanzia ipotecaria non risulta direttamente dal titolo ipotecario, bensì dalla sentenza del magistrato, il quale rende operativa ed attua la garanzia corrispondente: epperò l'alienazione avviene per determinazione del giudice e non per semplice determinazione della volontà dell'avente diritto, il quale, prima dell'esperimento di questa fase critica, sul fondo ipotecatogli non ha che dei diritti meramente conservativi.

Ora, per giudicare se un diritto produce atti esteriori di possesso o di quasi-possesso, non basta riguardarlo al momento in cui cessa quasi con una bella e sfolgorante fiammata; ma conviene osservarlo per tutto il periodo, durante il quale esso insiste sul fondo. Epperò tutti ritengono che un'ipoteca sopra un fondo, urbano o rustico, quantunque prima di concludere colla subasta del fondo stesso, vi abbia insistito per più generazioni, rinnovata secondo la prescrizione del Codice, non produca nè possesso nè quasi-possesso sul fondo ipotecato: su di che non si è proposta neppure mai questione. Eppure, stando alla lettera dell'art. 694, sembrerebbe possibile in genere il possesso d'un diritto reale. Ebbene, senza dubbio, il Codice ha inteso anzitutto e soprattutto sotto la denominazione di diritto reale comprendere le servitù prediali e tutti gli altri diritti reali, i quali l'abitudine della nostra tecnica, che pur dimostreremo inesatta, ha qualificato come *azioni immobiliari*. Un diritto d'enfiteusi, un diritto di usufrutto, di uso, di abitazione producono il possesso o il quasi-

Digitized by Google

possesso del fondo che vi è soggetto. Ma un diritto di censo o d'ipoteca non può assolutamente ritenersi suscettibile nè di possesso nè di quasi-possesso; invocare a questo riguardo l'art. 415, come fa il BORSARI (1), significa confondere il concetto di *bene immobile* col concetto di *diritto reale:* cosa poi che rivela tutta la sua impossibilità, qualora si consideri che la legge annovera tra i beni immobili anche le *azioni per recuperare immobili o diritti ad essi relativi.* Ora evidentemente, quando taluno sperimenta un'azione per recupero d'immobile o diritto relativo ad immobile, dimostra nel modo più evidente che, in quel momento per lo meno, non ha più il possesso nè il quasi-possesso dell'immobile stesso. Or dunque escludiamo del tutto il diritto d'ipoteca o di censo dal novero dei diritti reali manutenibili a tenore dell'art. 694 Cod. civile; e concludiamo che di essi non può il creditore ipotecario o censuario chiedere la manutenzione, se non forse mutuando la relativa azione dal debitore proprietario, per esercitarla contro ai terzi: la qual facoltà però non deriva dall'art. 694 direttamente, ma dall'art. 1234 Codice civile. Dunque, ritornando all'argomentazione iniziale nostra, il diritto di servitù, estrinsecandosi in atto, presenta un *corpus* ben diverso da quello del diritto d'ipoteca: la persona del proprietario del fondo dominante, che, nell'esercizio del diritto di servitù, serve come di anello di congiunzione e di tramite giuridico tra il fondo dominante e il fondo serviente, deve sistematicamente e con una ripetizione di atti che rivela un ordinato quasi-possesso della cosa serviente, e sia pure sotto forma scontinuata, recarsi sul fondo serviente e transitarvi approfittando della facoltà che ne ha; se pure egli non si vuole esporre al rischio che il proprietario del fondo serviente ne usucapisca la libertà. L'azione umana, a intervalli più o meno lunghi, nella servitù prediale, per discontinua che sia, in un modo o nell'altro pure effettivamente si rivela: e quest'azione umana è pure di fisica parziale disponibilità della cosa che non si può detenere, e, per quanto

(1) *Commento*, art. 694, § 1464. — Abituati come siamo a dire il nostro parere francamente, non ci ripugna di contraddire all'autorità di uno scrittore, verso il quale, del resto, serbiamo la massima stima e nutriamo un rispetto che rasenta la venerazione.

Digitized by Google

attiene al parziale aspetto dello *ius deambulandi*, è tanto di fisica disposizione, quanto lo è il corrispondente atto del proprietario *iure proprietatis*; dappoichè noi consideriamo l'atto stesso non già dal punto di vista del diritto che lo giustifica e che può essere diverso, ma obbiettivamente e nel suo contenuto pratico, ch'è eguale per la proprietà e per la servitù, sostanzialmente, e cioè a parte talune modalità secondarie di esercizio e una diversità nell'atteggiamento o diportamento della persona dell'esercente. Quest'atto o questa serie di atti del proprietario del fondo serviente, nell'esercizio della servitù stessa, per noi costituiscono il contenuto del quasi-possesso di quella, ossia l'oggetto del quasi-possesso: e, siccome si tratta di facoltà analoghe a quelle per la cui turbativa è accordata al proprietario l'azione di manutenzione, noi non esitiamo neppure a riconoscere la manutenibilità di un tale esercizio; poco importandoci se dobbiamo adattare ad un quasi-possesso ciò che nella proprietà si riferisce alla tutela del possesso, nè trovando difficoltà di sorta in ciò che si tratti di cosa non suscettibile di detenzione, perchè allora la medesima difficoltà dovrebbe imporsi nel possesso dell'immobile stesso *iure proprietatis* e non soltanto nell'esercizio dello *ius servitutis*.

146. La questione, se le servitù imprescrittibili e non sorrette da titolo potessero essere tutelate dall'azione di manutenzione, fu svolta soprattutto dal LUPARIA nello scritto da lui pubblicato sulla *Giurisprudenza italiana* del 1880 e da noi richiamato nella bibliografia generale delle azioni possessorie. In sostanza, questa non è che la generalizzazione completa della questione già contemplata nel § 144, e svolta dallo stesso autore con grande accuratezza. Qui viene in campo anche direttamente la questione del titolo. Per l'azione di reintegrazione, osserva il LUPARIA, non si fa menzione espressa e speciale di possesso legittimo, anzi si parla di possesso, *qualunque esso sia:* le argomentazioni desunte dagli art. 700 e 694 sono identiche a quelle svolte nell'altra monografia. Egli vede la ragione dell'eccezione alla regola generale (eccezione contenuta nell'art. 649) come prodotta dalla difficoltà della prova del possesso immemoriale e dal desi-

Digitized by Google

derio di evitare la frequenza delle liti: per la qual cosa non si ammise neppure la riserva che richiamava la mancanza di titolo nella servitù di passaggio per il servizio di certi determinati fondi, e la relativa proposta non ebbe seguito. Non è dunque che l'imprescrittibilità delle servitù discontinue sfornite di titolo sia stata dichiarata per alcuna presunzione di tolleranza o di precarietà; non potendo neppure trasportarsi la presunzione dall'ipotesi della prescrizione a quella della manutenzione, per identità di ragione che non esiste, essendovi differenza tra il diritto irrevocabile derivante dalla prescrizione e il diritto meramente temporario, provvisorio e revocabile che deriva dalla manutenzione, alla quale può sempre sovrapporsi il resultato di un'azione petitoria. Oltre a ciò la presunzione legale, se anche cadesse in acconcio qui, dovrebbe ammettere sempre la prova del contrario, trattandosi di presunzione *iuris tantum*. La presunzione di libertà dei fondi, dice l'autore, proverebbe troppo, perchè proverebbe *che anche nelle servitù prescrittibili il possesso dovrebbe ritenersi indeclinabilmente a titolo di tolleranza;* e poi, egli aggiunge, non viene dalla legge, nè si concepisce nel possessorio, dove e non in petitorio noi ci troviamo ad argomentare. Se persino nel petitorio, a proprietà provata, non bastava la cosiddetta presunzione di libertà a far ritenere il possesso a titolo di familiarità, neppure quando il proprietario del fondo serviente ammettendo il possesso sostenesse essere stato esercitato appunto a titolo di familiarità (e ciò perchè è abitudine di praticare tali atti *iure servitutis*); la presunzione di libertà non può valere *quando questo possesso non ha neppure di fronte la proprietà*, ossia quando si tratta di solo possessorio e si deve presumere, fino a prova contraria, che ciascuno possegga a titolo di proprietà.

Così il LUPARIA, il quale suffraga la sua argomentazione con ragioni storiche tratte dal confronto tra i lavori preparatori del Codice di procedura civile francese, al quale la giurisprudenza resistette, e il contegno dei compilatori dell'art. 445 Codice albertino e dell'art. 694 Codice civile italiano. Ma il Codice albertino non preclude l'adito neppure allo esperimento dell'azione possessoria per le servitù discontinue (art. 668), come non lo preclude il Codice vigente (art. 700) rifiutando la

Digitized by Google

giurisprudenza anteriore. Il PISANELLI, nella sua relazione sul progetto del Codice di procedura civile presentato al Senato nella tornata del 29 novembre 1863, tornò a parlare della presunzione di precarietà da combattersi soltanto con un titolo di possesso *animo sibi habendi;* ma il ministro non si poteva riferire all'art. 694 Cod. civile, nè la presunzione dell'art. 687 fu in alcun modo scossa a proposito dell'art. 694, nè il supposto di un fatto sul quale la legge si fondi costituisce alcuna presunzione legale (la quale ad ogni modo dovrebbe sempre interpretarsi restrittivamente senza possibilità di estensione analogica), nè la manutenzione ha per oggetto di preparare la prescrizione; e perciò *a nulla conclude il dire che il possesso annale d'una servitù imprescrittibile non può servire di sostrato all'azione possessoria per ciò solo che tale possesso non può produrre col tempo l'acquisto del diritto per mezzo della prescrizione.* Un possesso annuale legittimo dovrebbe del resto contenere una presunzione del diritto di servitù, per lo stesso motivo per cui l'azione di manutenzione si fonda sulla presunzione di un diritto. Noi ammiriamo queste argomentazioni sottili del LUPARIA e per la massima parte vi facciamo adesione: senonchè non possiamo convenire in quanto egli dice circa l'inefficacia della presunzione di libertà dei fondi, quando il possesso della servitù o della facoltà che viene da ufficio familiare non ha neppure di fronte la proprietà.

A nostro modo di vedere, sollevandosi un po' sopra alla nuda lettera della legge, anche in materia di possessorio e di tutela possessoria, non si può effettivamente o virtualmente, in potenza o in atto, prescindere dalle funzioni e dalla struttura della proprietà: altro non essendo il vero possesso (il quasi-possesso non rappresenta che un'imitazione utile della proprietà) se non l'esteriore manifestazione del diritto di proprietà in pratica, o, meglio, in atto. Quando parliamo di possesso, giuristi o non giuristi, il nostro pensiero si riporta quasi istintivamente alla proprietà; e, se non siamo altrimenti prevenuti, noi reputiamo a titolo di proprietà ogni possesso del quale ci sia dato scorgere le manifestazioni esteriori. Il possesso non è per noi, come l'usufrutto, qualche cosa che funzionalmente possa spogliare la proprietà rendendola nuda;

Digitized by Google

noi al possesso attribuiamo necessariamente un contenuto economico, ma sempre un vero e proprio contenuto giuridico. Ora qual'è desso il contenuto giuridico del possesso? Il contenuto del possesso è l'esplicazione pratica delle facoltà spettanti al proprietario, allorchè la nuda proprietà, come accade normalmente, è completata coll'usufrutto: esso, all'opposto dell'usufrutto, è la veste della proprietà, inquantochè il proprietario *non apparirebbe* tale di fronte ai terzi, se non possedesse la cosa. Questa asserzione regge sino al punto, che sovente effettivamente i terzi sono tratti in inganno dalle apparenze del possesso di taluno che non è proprietario, nel senso che ritengono nella loro mente essere proprietario taluno che invece non lo è. Non basta. Il pubblico che osserva, vedendo una persona diversa dal proprietario attraverso il fondo più volte, per quanto le osservazioni siano replicate, se non ha altri elementi di diritto e di fatto, non corre senza altro colla mente all'esercizio di un diritto di servitù, ma invece all'esercizio di un passaggio di semplice tolleranza. Per dare a questo fatto una costruzione giuridica noi siamo costretti ad ideare un quasi-possesso che si traduce e si confonde coll'esercizio; mentre il possesso rapportato alla proprietà non si confonde mai coll'esercizio della proprietà, che può essere anche parzialmente ceduto, o essere esercitato per interposta persona o per rappresentante, o non apparire così chiaramente come se fosse in mano al proprietario stesso. Il possesso della proprietà, tradotto in pratica, consta di una quantità svariata di atti: *deambulare, pomum decerpere, otiari, spatiari, iter facere, agere, altius tollere, aquam ducere*, ecc. Il quasi-possesso della servitù, in esercizio, può essere soltanto il *deambulare* o l'*aquam ducere:* ad ogni modo, nella sua limitata comprensione, prende ad immagine il possesso della proprietà e vi si plasma per quanto è possibile dal punto di vista giuridico.

Non v'è un solo istante, in cui l'esercizio e il quasi-possesso d'una servitù non richiamino infatti ideologicamente il confronto coll'esercizio e il possesso della proprietà: anche perchè questi due esercizi bene spesso si rivelano contemporanei e paralleli, in accordo o in conflitto. Il possesso *iure proprietatis* è la pietra di paragone per determinare quantitativa-

Digitized by Google

mente e qualitativamente ogni possesso ed ogni quasi-possesso. Siamo noi in procedura possessoria? Ebbene: anche se non è in giuoco il possesso *iure proprietatis*, ma il possesso *iure ususfructus* o *iure servitutis praediorum* semplicemente (per questa ultima forse potrebbe dirsi meglio quasi-possesso), noi dobbiamo riportarci colla mente alla proprietà, dobbiamo metterci di fronte la proprietà; il cui possesso ne costituisce l'esteriorità piena e di cui costituisce l'esteriorità frazionaria il quasi-possesso d'una servitù prediale che su di essa sia rivolta e costituita. Qui se noi dovessimo un solo istante perder di vista, in queste nostre costruzioni giuridiche, il concetto e il significato giuridico della proprietà, ogni concetto preciso si sconvolgerebbe nella nostra mente e noi vagheremmo in un mare d'incertezze insuperabili, come quando una nave perde il timone. La presunzione di libertà dei fondi non è dunque per nulla ostacolata dalla natura del possessorio, che in tanto è tale e ideologicamente e proceduralmente, in quanto (concetto relativo com'esso è) suppone un petitorio: ma non ha bisogno di un diretto appoggio petitorio, dal momento che è la conseguenza diretta del principio generale del minimo mezzo nella teoria delle servitù prediali. Ma ciò non porta neppure che l'esercizio di un diritto reale avente il contenuto della servitù debba ritenersi il prodotto di una mera tolleranza, in forza di una presunzione aprioristica costante: unica cosa significa, e cioè che una servitù imprescrittibile può formare oggetto di azione in manutenzione solo in quanto l'attore ha di quella servitù il quasi-possesso legittimo, ossia anche in quanto non quasi-possiede o (teniamoci in un linguaggio anche meno tecnico e meno imbarazzante) non esercita precariamente la servitù stessa. Che il possesso sia o non sia a titolo di tolleranza non può essere determinato nè da una presunzione della legge nè da una presunzione dell'uomo, nè per l'art. 687, nè per la presunzione di libertà: un solo criterio vi è che distingue se esso è a titolo di servitù o a semplice tolleranza, e questo criterio è la legittimità, ossia l'assenza di violenza, di clandestinità, di precarietà.

Ed è appunto la precarietà uno dei caratteri della tolleranza, della familiarità, dell'officiosità dell'esercizio di un

Digitized by Google

diritto corrispondente ad una servitù: la precarietà non è, implicita o esplicita che si presenti, se non una conseguenza della tolleranza ossia dell'assenza di un diritto azionabile da contrapporsi al proprietario concedente. Non vi può essere una costruzione più semplice, più chiara di questa: la legittimità del possesso dev'essere provata e risultare, perchè sia ammissibile la manutenibilità della servitù; provata una volta, ne viene di conseguenza l'esclusione del precario e quindi di ogni preoccupazione circa la tolleranza, la familiarità, l'officiosità dell'esercizio di cui il fatto ci è rivelatore. Ma noi ci associamo alla conclusione del LUPARIA circa la piena manutenibilità di una servitù discontinua non sorretta da titolo: e ci associamo perchè la legittimità richiesta dalla legge fuga appunto ogni presunzione di precarietà, che potrebbe sorgere per la mancanza del titolo e dal confronto col diritto massimo della proprietà. La questione non vuol dunque essere spostata di un palmo. Noi teniamo ai nostri metodi d'interpretazione e di costruzione ed ai principî generali da noi svolti, tra i quali campeggia sovranamente la legge del minimo mezzo, che ci dà tutta la chiave dei rapporti tra servitù e proprietà: ma da questo al voler sanzionare un'interpretazione estensiva nella lettera della legge, dalla prescrizione alla tutela giuridica, e ristrettiva nello spirito di essa per una presunzione che oltrepassa le nostre intenzioni e la nostra legge del minimo mezzo, già esaurita per la fissazione del requisito di legittimità, ci corre certamente non poco. D'altra parte, l'azione di manutenzione, anche considerata in rapporto col petitorio, ci espone sicuramente a minori pericoli di contraddizione, di quanto accada o possa accadere per l'azione di reintegrazione: il possesso legittimo è qualche cosa di molto vicino alla proprietà piena, e il quasi-possesso di servitù prediale non ne è molto distante, nelle debite proporzioni frazionarie e di coesistenza, allorchè anch'esso è legittimo.

La struttura procede affilatamente parallela tra proprietà e possesso, servitù e quasi-possesso, proprietà e servitù, possesso e quasi-possesso: e guai se si guastassero questi rapporti semplici, elementari della chimica giuridica delle nostre costruzioni, perchè allora dalla chimica si degenererebbe nel-

Digitized by Google

l'alchimia, o, meglio, nell'empirismo. Quali che siano le apparenze esteriori ed anche se non sempre sono perfettamente delineate, la costruzione giuridica è una e si basa per la prescrittibilità sul titolo, per la manutenibilità sulla semplice legittimità. Nè vi è da meravigliarne, dal momento che la prescrittibilità sta di fronte a tutti e il titolo è il mezzo di pubblicità che la legge riconosce sufficiente e corrispondente per questo modo di acquisto immobiliare, mentre la manutenibilità sta di fronte al proprietario del fondo serviente o al terzo autore della turbativa: terzo che tuttavia, benchè tale, non per questo deve trovarsi meno al corrente dello stato del possesso e quasi-possesso del fondo e della sua condizione di servitù, appunto perchè contro l'esercizio di questa la sua molestia è diretta. Due esigenze diverse dunque, due posizioni da tenersi completamente distinte: e a questa distinzione non è meraviglia che risponda la diversità dei criteri, ossia la legittimità in un caso e il titolo nell'altro: quantunque il titolo sia fuor d'ogni dubbio fonte e scaturigine esso stesso di legittimità, per rendersi operativo della costituzione d'una servitù prediale. Vuol dire che una legittimità all'infuori di ogni titolo, quantunque sia più laboriosa a provarsi, perchè ciò che altrimenti risulterebbe dal titolo deve in tal caso risultare dal fatto, è più conforme alla natura della tutela possessoria che sorge dal fatto; mentre vi è il vantaggio di fronte al titolo, che non il fatto è conseguenza del diritto, ma il diritto sorge dal fatto e il fatto può talvolta, anche quando dotato dei requisiti della legittimità esteriore, essere più facile del diritto a prendersi come punto di partenza. Diverse le posizioni, vi è però un certo compenso strumentale tra l'una e l'altra soluzione.

Digitized by Google

CAPO III.

Reintegrazione.

147. Natura e caratteri. — 148. Storia e confronti coll'interdetto *unde vi* e coll'azione di manutenzione. — 149. Nozione dello spoglio. — 150. Applicabilità della reintegranda contro i terzi possessori: procedura. — 151. Esagerazioni della tutela possessoria.

147. L'azione per reintegrazione, considerata di fronte all'azione di manutenzione, è detta giustamente azione straordinaria, perchè provvede alla tutela della pace nei possessi, ch'è la base preliminare non solo di ogni ordinata società civile ma anche di ogni ricerca profonda sulla natura del rapporto giuridico fondamentale sulla cosa di cui si tratta: e perciò si volle ricondurla all'interesse sociale che predomina ovunque si tratta di tutelare uno stato che offre le apparenze della legalità, quantunque pel momento non si giustifichi che nel solo fatto e contro una lesione arbitraria che ha tutti i caratteri della violenza. Il quadro di questi scopi giuridici non si concilia naturalmente che con uno stato di civiltà giuridica avanzata, in cui sia fatto divieto di farsi ragione coi propri mezzi fisici: quantunque l'esagerazione di una simile tutela giuridica e della esclusività di ogni mezzo arbitrario conduca sempre alla soverchia ingerenza e alla insufficiente tutela dei poteri pubblici. L'abilità del giurista anche in siffatti casi sta nel tenere il giusto mezzo e nel non confondere gli effetti civili cogli effetti penali dell'arbitrio, anzi nel distinguere accuratamente effetti da effetti nello stesso campo del diritto civile, e sia pure in materia di possessorio: altrimenti si risica di prepararsi una giurisprudenza, la quale sorpasserà anche le intenzioni della dottrina. Ma lo spoglio, nei rapporti di servitù prediale, come la turbativa dalla quale sorge l'azione di manutenzione, non solo può derivare dal fatto di un proprietario che intenda farsi ragione da sè per la libertà della sua proprietà, anche in pura buona fede circa l'esistenza e la pienezza del suo diritto in atto, ma anche dal fatto di un estraneo il quale senza alcun motivo onesto siasi messo a cozzare col quasi-possessore della servitù. Chi

Digitized by Google

è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile (così l'art. 695) può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso spoglio di essere reintegrato nel possesso medesimo. Qui il legislatore ha voluto presentarci, tranne il precario, tutti i requisiti contrari a quelli del possesso legittimo: e cioè violenza e clandestinità, non curando il precario, appunto perchè l'azione di spoglio sta anche a tutela del precario. Quanto al possesso dello spogliato, non si richiede punto che si tratti di un possesso legittimo, perchè appunto l'arcolo 695 col parlare di possesso, qualunque esso sia, esclude la possibilità di una distinzione; talchè perfino il ladro, detentore della cosa mobile rubata, dovrebbe aver ragione contro il proprietario, il quale, anche nella flagranza del furto, gli togliesse violentemente dalle mani l'oggetto rubato! Questa puerilità giuridica non urta coll'art. 689, perchè appunto quest'articolo si riferisce al possesso legittimo e l'art. 695 si riferisce ad un possesso, *qualunque esso sia:* ma urta (e questo è anche più grave) colle regole della logica e del senso comune. Nel § 17 di questa stessa parte generale, esaminando la nota controversia della villa Borghese in Roma abbiamo escluso l'azione di spoglio o reintegranda nei rapporti del proprietario di una villa che ne chiude i cancelli per impedirne l'ingresso a chi egli crede di contestare legittimamente la sostanza di uno *ius deambulandi* come diritto reale o servitù di uso pubblico; e noi allora abbiamo notato che la legge civile non deve favorire i ricatti nel possessorio, allorchè un predone o un facinoroso qualsiasi (noi parliamo di un privato, ma le conclusioni di questo ragionamento, essendo generali, si attagliano a qualsiasi pretendente, sia ente morale, Comune, Provincia o Stato) col pretesto di azionare una sua prepotenza voglia creare al proprietario delle difficoltà arbitrarie nell'esercizio del suo *ius proprietatis.* Allora dicemmo abbastanza e liberissimamente, come sempre, in omaggio alla verità, l'opinione nostra, sulla quale ora insistiamo.

Non è il proprietario quegli che può spogliare il titolare d'una servitù sul suo fondo, a meno che (facciamo pure l'ipotesi come l'abbiamo fatta per l'azione di manutenzione, anzi con maggior fondamento, ma anche qui come allora quasi

Digitized by Google

del tutto in astratto e solo teoricamente, in ipotesi e non in tesi) il proprietario stesso, pur riconoscendo il diritto alla servitù di colui contro al quale rivolge la molestia, voglia per solo dispetto e malo animo spogliarlo dell'esercizio del diritto stesso di servitù. L'ipotesi normale è invece che lo spoglio provenga da un terzo intruso nei rapporti tra il fondo dominante e il fondo serviente: non senza probabilità che sovente e il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente siano cointeressati nell'esperimento di una reintegranda: nella quale ipotesi nulla vieta al proprietario del fondo dominante di essere il primo ad esercitare l'azione di spoglio e di prevenire in tale esercizio il proprietario del fondo serviente, come potrebbe accadere l'inverso, e cioè che il proprietario del fondo serviente fosse egli il primo.

Una questione importante noi troviamo svolta dal MELOGRANI nella monografia citata nella bibliografia generale delle azioni possessorie applicabili alle servitù prediali: ed è sull'ammissibilità dell'azione di reintegra a proposito delle servitù discontinue di passaggio. Egli, dopo una rassegna storica dell'azione di spoglio, si occupa del confronto tra l'art. 694 ed il 695 del Cod. civile, la cui diversità di locuzione egli giustamente esclude che possa essere meramente accidentale. Tale questione, ch'è la stessa di quella fatta nella controversia per la villa Borghese in Roma e su cui si acuirono gli argomenti ermeneutici di entrambe le parti, dovrebbe risolversi seguendo il principio che il legislatore *ubi voluit dixit* e che nell'art. 695 pensatamente non si contenga la menzione dei diritti reali che si trova nell'art. 694. Quanto al significato della parola *cosa*, che si trova nell'art. 695, l'autore propende a determinarla (poichè nella sua immensa latitudine d'una limitazione ha pur bisogno) nel senso di *tuttociò che può formare oggetto di proprietà all'infuori dei diritti*; e ciò sulla scorta dell'art. 406 Cod. civile, combinato colla speciale logica possessoria degli art. 685, 694, 695, 708 e 709 Cod. civile. Esclude poi che l'espressione — *possesso, qualunque esso sia* — dell'art. 695 si riferisca alle specie di possesso contemplate dalla legge (legittimo e non legittimo, precario, di buona o di mala fede) e non alla distinzione tra possesso di diritto e possesso

Digitized by Google

di fatto, ch'è solo nella fantasia dell'interprete: il possessore di un diritto dovendo, *per essere possessore, essere di fatto nel possesso del godimento del diritto stesso.* Del resto il MELOGRANI aggiunge che gli art. 694 e 695 sono chiarissimi: che il godimento del diritto è tenuto in considerazione soltanto per l'articolo 694 che lo raccoglie implicitamente sotto l'espressione generica di *possesso del diritto,* mentre l'articolo successivo non trattando nè di possesso, nè di godimento, non s'intende riferirsi nè punto nè poco ai diritti. D'altra parte, l'autore dice che non può darsi lo spoglio di un diritto, non potendo neppure accertarsi la distinzione tra diritto ed esercizio del diritto, mentre anche il possessore di un nudo diritto sprovvisto di esercizio ha un valore giuridico ed economico. Riferisce, tra le altre, l'autorità del RICCI, che nel vol. v del suo commento richiede per l'esercizio della reintegranda un segno di esistenza materiale e permanente come nelle servitù di acquedotto; nonchè quella del GIOVANNETTI fondata sulla l. 4, § 22, Dig. 41, 3, e sulla l. 14, Dig. 8, 1, nonchè sugli art. 695 e 711 Codice civile, e quelle pure del PICCININI, del MILONE, del GIANZANA, del PESCATORE, del MACKELDEY, del MUHLENBRUCH, del VOET, del VINNIO. Il MELOGRANI ritiene poi che il quasi-possesso altro non sia stato fuorchè un'invenzione dei prammatici e nota che le costituzioni estesero ad esso la reintegranda.

Come si vede, la questione che si fa per la reintegranda è assai più grave di quella che si fa per la manutenzione, se si ha riguardo alla lettera dell'art. 695 confrontata colla lettera dell'art. 694. Ma l'argomento tratto dalla costruzione del quasi-possesso è di egual valore così per la reintegranda come per la manutenzione: se quasi-possesso si deve ammettere per dar modo di sperimentare l'azione di manutenzione, non vi è proprio ragione di escluderlo per la reintegrazione. Del resto, pur nel diritto romano noi avevamo la *quasi-possessio iuris*, e una tale *quasi-possessio* (di cui fu fatto uno studio speciale sul tema dell'usucapibilità o meno delle servitù prediali): ad ogni modo nel nostro diritto non v'è più dubbio intorno a ciò, dal momento che persino nell'art. 694 si tratta di possesso legittimo di un diritto reale. Ogni ricerca sull'esistenza o meno di un possesso delle servitù, a propo-

Digitized by Google

sito dell'azione di spoglio, non sarebbe che una ripetizione inutile, un circolo vizioso; tenuto conto di quanto si è dovuto dibattere a questo stesso riguardo per l'azione di manutenzione. Piuttosto il nodo della questione, per quanto concerne il contenuto dell'art. 695, sta nel vedere se, non avendo quest'ultimo articolo ripetuto l'espressione dell'articolo precedente — *possesso legittimo di un immobile o di un diritto reale o di una universalità di mobili* —, ma avendo detto soltanto — *possesso di una cosa mobile od immobile* —, abbia voluto piuttosto escludere il diritto reale che aveva mentovato nell'articolo precedente. Secondo noi, ciò non può dirsi; ma, come per l'azione di manutenzione, i rapporti tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo serviente vanno a disbrigarsi soprattutto in petitorio anche quanto alle conseguenze dello spoglio: tanto ordinariamente a quest'ultima stretta fra loro si deve venire, se pure il proprietario del fondo serviente non ha agito per semplice atto di prepotenza o di dispetto. Invece, nei rapporti coi terzi, possono essere benissimo indicate le azioni possessorie; perchè questi terzi nè hanno un diritto petitorio sulla cosa serviente, nè per conseguenza si sforzano di estenderlo a spese dell'esercente la servitù prediale. I rapporti tra proprietario del fondo dominante, proprietario del fondo serviente e terzi non possono considerarsi isolatamente, ma vogliono essere coordinati armonicamente secondo il loro diverso significato e la loro finalità normale ovvero ordinaria: oltre a ciò anche in questi diversi riguardi le azioni possessorie vogliono essere coordinate alle azioni petitorie, inquantochè le une e le altre adempiono a due categorie diverse di uffici giuridici, le une e le altre hanno una diversa portata normale e una diversa potenzialità pratica, per modo da non potersi così facilmente surrogare o scambiare nella tutela delle servitù stesse.

148. L'interdetto *unde vi* del diritto romano non si estendeva originariamente ai mobili (L. 1, § 6, Dig. 43, 16), ma poi venne ad estendersi anche alle cose mobili talchè il diritto canonico sotto la massima *spoliatus ante omnia restituendus* comprese e lo spoglio di cose mobili e lo spoglio di cose immobili. Col decreto di GRAZIANO del 523, si dice, era già divenuto

Digitized by Google

la reintegranda, ossia quella che oggi si chiama l'azione di reintegrazione. Il diritto canonico, che ordinariamente guardava così poco di approfondire il vero lato giuridico delle questioni, anche nel caso dello spoglio si contenne a questo modo: e infatti una vera formula giuridica avrebbe dovuto portare — *iniuria spoliatus ante omnia restituendus* —, riferendosi direttamente all'intenzione dell'autore dello spoglio. La reintegranda del giure canonico non andava più in là degli immobili e dei mobili e solo eccezionalmente comprendeva taluni diritti *essenzialmente e necessariamente annessi o incorporati al possesso del suolo o del fondo* in senso feudale, e cioè anche se attenessero a ragioni di regalia o di giurisdizione. Si osserva da taluni che anche la violazione dei diritti signorili, per il rapporto di stretta, necessaria e inseparabile connessione tra diritto e feudo, costituiva sempre e necessariamente violazione del possesso dell'immobile: e che però lo ammettere anche in questo caso l'azione di reintegrazione non significava oltrepassare la tutela dell'immobile stesso, ma significava invece rendere completa ed efficace questa tutela anche nei rapporti feudali, i quali del resto invadevano anche il campo del diritto privato immobiliare. Questo ragionamento non calza. Prima di tutto era il privato possessore del fondo, di cui era investito, *iure proprietatis*; il re o signore feudale non poteva avervi che un dominio eminente come forma e manifestazione della sovranità, ma del tutto scompagnato da quel possesso, che solo sembrava alle leggi canoniche come alle stesse leggi romane degno di reintegrazione, parificando insieme il regime delle cose immobili e quello delle cose mobili, sul quale ultimo non poteva cadere diritto di sovranità nè di vassallaggio attivo neppure sotto il regime feudale. Seconda ragione è che allora un ragionamento consimile potrebbe anche applicarsi oggi e nei diritti moderni alle servitù prediali: le servitù non sono forse anche esse inerenti, essenzialmente, necessariamente, strettamente connesse e incorporate nel fondo da esse gravato e in quello giovato? Non possono dunque per la stessa ragione dei diritti feudali, che appartengono alla persona del feudatario e non ad alcun fondo, riconoscersi meritevoli di tutela possessoria: tanto più che qui non interviene quell'ibrido concetto di

Digitized by Google

sovranità feudale, che non può servire fuorchè a snaturare i postulati più semplici del diritto privato in materia patrimoniale? Del resto, violandosi la regalia o la giurisdizione feudale, poteva essere adottato un rimedio ben più energico: poteva addirittura ritogliersi il feudo e dichiarare la decadenza da esso del vassallo ribelle; o, se la regalia o la giurisdizione ristabilivasi, ciò poteva accadere in via di fatto e per semplici atti politici d'impero, la cui portata storicamente e giuridicamente sfugge al campo del diritto privato. Risorsero poi gli studi ed i commenti dei testi romani, e intanto la feudalità venne a cedere campo alle monarchie nazionali per dileguarsi poi completamente al soffio dei tempi moderni: la reintegranda si volle di nuovo limitata agli immobili ed ai mobili, e così venne riconducendosi alle origini dell'*unde vi*, ossia alla prevalenza del concetto materiale della violenza su cosa corporale.

Nell'ordinanza francese del 1667 la reintegrazione non si ammise che per i beni immobili. Nel Piemonte Amedeo VIII nel suo editto del 1430 si attenne alla legislazione canonica. Nell'antico diritto napoletano e nel diritto francese anteriore all'ordinanza del 1667 e nel Codice napoleonico si seguì lo stesso sistema, pur confondendo manutenzione e reintegrazione. Il Codice sardo, staccandosi dalle precedenti disposizioni, nell'art. 445 si attenne all'ordinanza francese del 1667; nelle Due Sicilie il rescritto 7 luglio 1854, interpretando le leggi del tempo, escludeva le azioni possessorie per le servitù discontinue e per le continue non apparenti che fossero sfornite di titolo. Intanto noi una cosa notiamo in tutta questa legislazione: ed è che, per reintegrare il possesso, non s'intese punto il bisogno di richiedere che il possesso stesso avesse la durata di un anno; e la ragione di ciò è che la spogliazione è un elemento, per così dire, negativo nella vita civile dei popoli: talchè la repressione di esso è un elemento di restaurazione dell'ordine, già di per sè e senza il concorso di circostanze o requisiti maggiori. La violenza, il sotterfugio, come l'astuzia di trovare inganni per violar le leggi, sono le peggiori contrarietà e i peggiori ostacoli dell'ordine giuridico: evidentemente racchiudono, come a dire, un peccato d'origine, che porta in sè stesso la sua condanna, tanto di fronte ad un pos-

Digitized by Google

sesso effimero, quanto di fronte a un possesso di lunga durata. Del resto la reintegrazione non pregiudica per nulla il petitorio: mentre la manutenzione è già un avviamento, più o meno prossimo, più o meno efficace, ma sempre utile e ideologicamente influente, verso il petitorio, se non altro perchè è praticamente impossibile che un possesso legittimo o un quasi-possesso legittimo sia effettivamente durato da oltre un anno senza una vera e sufficiente causa nel petitorio. Per quanto si voglia sofisticare nella distinzione tra petitorio e possessorio, resta stabilito sempre questo: che cioè la principale azione possessoria, l'azione di manutenzione, dovendo partire dalla legittimità del possesso, implicitamente almeno deve fornire i dati per riconoscere la causa petitoria che giustifica un tale possesso come non violento, non clandestino, non precario. Invece, che cosa noi richiediamo, che cosa si è sempre richiesto per l'esercizio dell'azione di spoglio? Un *qualunque* possesso, di *qualunque* durata: ossia, secondo il nostro Codice, semplicemente « la detenzione di una cosa o il godimento » (godimento, s'intende, non iscompagnato dall'esercizio) « di un diritto » per sè stesso o per mezzo altrui (art. 685). Ora la detenzione della cosa o il godimento in esercizio del diritto sono due circostanze le quali risultano *ex facto*, e cioè da un esercizio anche breve; purchè, s'intende, presenti una durata tale da poterne ragionevolmente desumere e da potervi fondare una qualsiasi argomentazione giuridica. Insomma, purchè non si tratti di detenzione o di godimento, il cui esercizio si dimostri quasi evanescente, noi possiamo senz'altro constatare l'adempimento dei voti della legge, perchè si renda esercibile la reintegranda. Una volta eliminate le conseguenze immediate dello spoglio, si può ragionare in petitorio con maggior calma e senza che la questione sia affatto pregiudicata dall'esame e dalla risoluzione in possessorio: ma nell'azione di manutenzione, per via della constatazione della legittimità del possesso, vi è quasi una specie di delibazione anche del petitorio, o poco meno. Come vedremo, questo assoluto distacco del possessorio dal petitorio nell'azione di reintegrazione non eccettua però che l'azione stessa di spoglio debba escludersi, se non altro (diremo così) per pudore, quando resulti ad evidenza la violenta condotta di chi, dopo

Digitized by Google

avere spogliato o rubato, chiede la tutela del suo malfare coll'azione di reintegrazione contro chi primo soffrì lo spoglio o il furto; anche in presenza d'una contemporanea o precedente azione in manutenzione da parte di chi soffrì il furto o il primo spoglio, o addirittura di un'azione petitoria da parte di esso. Ma, tolta quest'eccezione, l'azione di spoglio sta a tutela di un possesso anche non legittimo, purchè non criminoso: e la tutela da essa apprestata è proprio una tutela sommaria, la quale non presuppone altra constatazione da quella infuori della violenza e della clandestinità dello spoglio, contro il quale è rivolto il gravame dell'attore.

Per la *reintegranda* del canone di GRAZIANO (causa 3ª, c. III, qu. 1), prima di un'accusa o regolare citazione al sinodo (1), i vescovi spogliati o cacciati dalla loro diocesi dovevano essere reintegrati nella sede e nei beni. Questa disposizione eccezionale, fatta più che altro *favore ecclesiae*, sebbene con sufficiente vernice di equità e con apparente proclamazione di odio contro le ingiustizie, era sostanzialmente diretta contro i laici che avessero osato di espellere e privare dei beni i vescovi sgraditi o prevaricatori. Noi comprenderemmo che, sotto una restaurazione politica pontificia (ciò che per nostra ventura non avverrà più mai), potesse invocarsi per ricostituire la vecchia pinguedine delle mense o per togliere il sequestro di temporalità in corso per misure di polizia a carico di qualche vescovo gradito al Vaticano, quanto giustamente, per sua condotta, morale o politica, sgradito al potere civile: ma non comprendiamo l'estensione illimitata di quella disposizione a tutta quanta la tutela

(1) Da noi non si vuol discutere in possessorio alcuna questione di diritto (petitorio); ma ad ogni modo non si potè sempre nè agevolmente evitare la discussione sulle servitù escluse dalla tutela possessoria per mancanza di titolo, e cioè intorno alla ragionevolezza o meno di una siffatta esclusione. Il cumulo del petitorio col possessorio, ideato dal BELIME (*Act. poss.*, n. 452), e la distinzione tra possesso con estrinseca impronta di legittimità nelle servitù continue ed apparenti e possesso con causa e dimostrazione nel titolo e nella legge per le servitù discontinue non apparenti (BARATONO, *Azioni possessorie*, n. 153) una cosa rivelano, ed è che non siamo ancora pervenuti all'applicazione esatta dei principî generali del diritto.

Digitized by Google

dei possessi anche nel diritto civile. Pur, se questo avvenne nel diritto comune, lo si deve alla predominante clericizzazione della società e dei patrimoni, tanto intellettuale quanto economica, nel medio evo: allorchè tutto, in un modo oggi appena credibile e appena figurabile, si plasmava sull'organamento e sulle funzioni della vita e della comunità ecclesiastica.

Quale e quanto sconvolgimento e imbastardimento d'idee giuridiche questo sistema adducesse anche nell'ordine delle tutele possessorie, non si può neppure determinare con parole: eppure noi, i quali da allora ad oggi abbiamo più di un rinascimento in mezzo, sia nella coltura generale, come nella giurisprudenza e negli studi romanistici, vorremmo tuttavia compiacerci di quei barbarismi e accarezzarli, e trarre proprio di lì l'equità? Noi preferiremo dunque al pretore romano un frate in tonacella, estensore o abbreviatore di decretali e di canoni? Ma cerchiamo l'equità nelle nostre vere e genuine tradizioni classiche, e non ci pentiremo delle ricerche: ma gettiamo all'aria una buona volta queste catene del nostro servaggio intellettuale, morale e giuridico; se vogliamo finalmente bastare a noi stessi e rispondere alla modernità in seno alla quale viviamo! Si dà vanto al canone *reintegranda* dell'aver dato l'azione di spoglio senza aver riguardo al possesso giuridico dell'attore, per le cose mobili e per le incorporali, senza la necessità della violenza ed alla sola condizione della privazione del possesso contro la volontà del possessore e con mezzi illeciti; e di averla data anche contro il terzo possessore e senza alcun limite nè annale nè ultrannale per l'esercizio. La maggior parte di questi vanti sono invece biasimi; il resto non sono vanti del giure canonico, ma del diritto romano. Noi diciamo altrove che dare l'azione di spoglio a qualunque possessore o detentore, anche al ladro o al manutengolo, senza rettificazione, senza limitazione di sorta, è cosa dell'altro mondo: e dalle nostre stesse argomentazioni risulta come a disagio (se non altro praticamente e per l'ipotesi della violenza) quest'azione si trovi per il possesso o quasi-possesso immobiliare, per il quale non è frequente avvengano colluttazioni di vari pretendenti sulla cosa o presso alla cosa contrastata; mentre

Digitized by Google

l'ipotesi della clandestinità anch'essa può essere di fatto eliminata con una maggiore vigilanza e custodia della cosa posseduta.

La condizione della privazione con mezzi illeciti è poi troppo indeterminata e nè pel tecnicismo dell'espressione nè pel contenuto suo, sostanzialmente ed esclusivamente morale, si presta ad una sufficiente determinazione del lato giuridico: vi si potrebbe ricamar sopra una serie di belle teorie, ma ben poco di propriamente giuridico. L'estensione contro al terzo possessore è data anche per diritto romano (arg. l. 16, § 2, Dig. 43, 24). L'aver poi escluso il limite di tempo per l'esperimento dell'azione di spoglio si traduce in una corruzione vera e propria del concetto informativo, dello scopo delle azioni possessorie: dal momento che queste azioni sono accordate soprattutto per provvedere ad una tutela urgente del possesso, quando l'urgenza è trascorsa si può addirittura e anzi più logicamente ricorrere alla tutela petitoria anzichè alla possessoria; così si ottiene anche il vantaggio di provvedere una volta sola e di provvedere definitivamente alla sistemazione della proprietà e del possesso ad un tempo. Dunque per ogni verso, se noi possiamo ricondurre meglio ai principî, per altra via, l'azione di spoglio, non dobbiamo preoccuparci più che tanto del diritto canonico e della sua reintegranda.

149. Trattandosi di azione per reintegrazione dello spoglio, è naturalmente di prima necessità fissare bene il concetto giuridico dello spoglio. Il Borsari, commentando l'art. 695, si propone le questioni, se ad uno spoglio non prodotto da clandestinità o violenza sia applicabile quell'articolo; e se sia applicabile a turbative violente e clandestine di possesso, costituiscano o no esse un vero spoglio. La trattazione di quell'autore è elevatissima e di una chiarezza impareggiabile; talchè, dal più al meno, noi non potremmo far di meglio fuorchè aderirvi. In sostanza la legge stessa, adottando gli avverbi *violentemente od occultamente*, ha voluto caratterizzare il concetto di spoglio, per non lasciarlo così, nudo e solo, fonte perenne di equivoci e di discussioni tra gli interpreti; non già perchè ammettesse potersi dare qualche

Digitized by Google

spoglio non violento o non occulto, ma perchè le modalità della violenza o della clandestinità sono implicite nel concetto stesso di spoglio e lo caratterizzano e lo distinguono dalla turbativa pura e semplice, che dà ragione all'azione di manutenzione. Non si può infatti spogliare taluno del possesso di una cosa, fuorchè *forzando la resistente contraria volontà del possessore*, oppure *deludendo e ingannando quella stessa contraria volontà che non può resistere*, appunto perchè versa in un errore di fatto o di diritto. Sicuro: per noi anche la esistenza di un errore di diritto, considerata essa come fatto a sè stante, può formar base dell'inganno e della delusione, può costituire il contenuto della clandestinità; al modo stesso che una minaccia del tutto morale può costituire il contenuto della violenza, alla quale il Codice allude. Quì non si tratta di vedere se e quale specie di errore possa scusare, e se la ignoranza della legge possa giustificare una data condotta: quì si tratta di vedere se il tranello, la delusione, l'inganno, radicandosi e facendosi forti sull'ignoranza altrui intorno alle disposizioni di legge, abbiano dato o diano spiegazione sufficiente del danno subìto. Supponiamo un povero e ignorantissimo colono, analfabeta e del tutto rustico nelle sue abitudini e nel suo modo di ragionare: al quale il parroco, approfittando della sua autorità morale e del suo ascendente religioso, persuada che, per salvarsi dalla morte eterna, deve rinunziare ad una servitù di passaggio che dal suo campicello attraverso un fondo della parrocchia è stata da tempo antichissimo costituita per accedere alla più prossima strada pubblica. E supponiamo che alla acquiescenza del villico la furberia del prete, guidata da accorto legale, faccia susseguire la distruzione stessa del sentiero e l'intercettamento dello spazio di suolo relativo, grazie alla fabbricazione di un lungo portico in opera di muratura; sempre senza proteste e coll'acquiescenza implicita del modesto campagnuolo, il quale anzi, per guadagnare qualche denaro in un'epoca di pausa dei lavori agricoli, s'induca persino a prestare l'opera sua come manuale per il trasporto dei materiali da fabbricazione. Se per caso questo pover'uomo apre gli occhi a tempo, cioè entro l'anno, egli potrà chiedere la reintegrazione del suo passaggio attraverso al fondo della parrocchia, lagnandosi di aver sof-

Digitized by Google

ferto uno spoglio dal parroco, per mezzo dell'inganno a lui teso, facendogli temere per l'anima là dove non era questione che del corpo e del patrimonio? Il parroco invocherà senza meno la prova testimoniale per dimostrare che il villico attore si è prestato egli stesso personalmente al trasporto dei materiali per la costruzione dell'opera che costituiva la contraddizione più aperta e più palese allo stato di servitù: aggiungendo che questa circostanza esclude ogni specie di clandestinità, e che, per questo e perchè di violenza non si fa parola, esuli altresì intieramente il concetto dello spoglio. Al che il villico replicherà ammettendo questo fatto anche all'infuori di ogni prova testimoniale, ma aggiungendo che la riconosciuta esistenza del fatto vieppiù rafforza la gravità dell'inganno: perocchè quello stesso timore, che lo indusse dapprima a rinunziare col fatto al passaggio, lo persuase altresì dopo a cooperare attivamente alla distruzione di ogni traccia del passaggio stesso, o, per lo meno, ben lungi dall'ostacolare il piccolo guadagno ricavato col lavoro delle proprie braccia, lo rese anche in certo modo meritorio agli occhi suoi obliterati da una falsa mira. Ora, che cosa deciderà il magistrato? Dirà al villico: tu vuoi essere scusato per la tua ignoranza, ma la tua ignoranza, essendo crassa nel fatto e completa anche nel diritto (perchè tu non comprendevi che nel fatto proprio positivo di cooperare all'ostruzione del sentiero si racchiudeva una rinunzia implicita contro la quale poi non saresti potuto insorgere), non ti scusa dagli effetti di quella inopportuna tua partecipazione personale alla fabbrica del portico della parrocchia? Oppure dirà al parroco: lo stesso concorso, da voi sollecitato, dell'opera del villico per la costruzione del portico parrocchiale non è che un'altra forma, un'altra manifestazione del vostro subdolo disegno, della vostra intenzione d'ingannare quel pover'uomo; nè voi dalla vostra falsità e dalle vostre manovre fraudolente potete trar partito contro colui che avete ingannato? A nostro modo di vedere, quest'ultima soluzione non solo è la più equa, ma anche la più strettamente giuridica e la più giusta. Il fatto esaminato non è se non uno solo, benchè consti di più tempi: le persuasioni ingannevoli del prete, la paura del villico il quale abbandona le abitudini del transito, la sua cooperazione alla

Digitized by Google

costruzione del portico che chiude il passaggio; tutte queste circostanze non sono in fondo se non il compendio di una situazione unica. La volontà del villico è stata ridotta all'impotenza perchè il villico fu tratto in inganno, fu quasi ipnotizzato con false ragioni religiose e quest'inganno lo trasse fino alle ultime conseguenze. La partecipazione di esso alla costruzione del portico non deve considerarsi già come un fatto isolato; non deve anzi isolarsi a bella posta, sol per troncare la controversia in base alla di lui acquiescenza all'atto di contraddizione alla servitù che egli prima aveva esercitato. Qui non è il caso di distinguere tra errore di diritto ed errore di fatto: l'errore è sempre quello iniziale; in questo caso è (ci si perdoni l'escursione nel campo teologico) un errore religioso e nulla più: esso assorbisce tutti gli altri errori posteriori ed è il principio di quella odissea che mette capo all'azione di spoglio del villico contro il suo parroco ed ha il suo epilogo nella sentenza del giudice.

Dunque la privazione totale del possesso distingue l'azione di spoglio dall'azione di manutenzione, che può esercitarsi solo allorchè il possesso è per la molestia turbato, e la privazione dev'essere fatta *iniuria: iniqua privatio possessionis.* Un'invasione parziale di un fondo è una semplice molestia, un'invasione completa e totale di tutto il fondo costituisce addirittura uno spoglio; vi possono essere privazioni di possesso, le quali, per mancanza dei caratteri di violenza e di clandestinità, non debbono essere ritenute come elemento di spoglio. Uno spoglio parziale di un fondo, finchè non comprometta totalmente il possesso della cosa avuto riguardo alla sua destinazione (e perciò anche per la maggior parte, qualora in tale ipotesi il possesso totale e completo vacilli), non è spoglio nel senso dell'art. 695, ossia non può esser protetto coll'azione di reintegrazione. Non manca qualche difficoltà anche sul concetto della clandestinità dello spoglio. Non sarebbe stato meglio che, invece dell'avverbio *clandestinamente*, il legislatore avesse adoperato l'avverbio *dolosamente?* E se non ha adoperato quest'ultimo avverbio, a quale ragione si deve ascrivere la preferenza accordata al qualificativo della clandestinità? Scevola nella l. 73, § 2, Dig. 50, 17, fece consistere il vizio della clandestinità nel fare di proprio arbitrio

Digitized by Google

in pendenza o in previsione d'una controversia; ULPIANO nella l. 3, §§ 7 e 8, Dig. 43, 24, riportando un'opinione di CASSIO, ripone la clandestinità nel nascondere o non denunziare all'avversario un fatto per timore di una controversia, e, riportando un'opinione di ARISTONE, fa consistere la clandestinità nel celare all'avversario qualche cosa o la propria condotta per timore di una proibizione (legale). Insomma, come sembra allo stesso ULPIANO, in queste opinioni di CASSIO e di ARISTONE è contenuto un concetto unico: il nascondere (forse l'*animus* e il *corpus celandi*) per timore di danno *iure dandum* a lui, sotto una o sotto altra forma, dalla persona contro la quale il sotterfugio è diretto. Dunque si tratterebbe di sotterfugio *damni vitandi causa*, quanto al futuro, e preceduto da un fatto o da un'omissione *lucri captandi causa*, quanto al presente: sotterfugio e azione, azione e sotterfugio debbono essere tra loro *in continenti*, cioè in rapporto di continuità e in rispondenza o concorrenza necessaria scambievole verso un fine ultimo fraudolento, diretto alla privazione del possesso in chi lo esercita *iure*, almeno di fronte allo spogliatore. La dottrina, a proposito della clandestinità, ha, sulle traccie del diritto romano, dibattuto la questione circa l'efficacia della denuncia di un futuro spoglio per salvare dal vizio di clandestinità e però dall'azione di spoglio, qualora non concorra la violenza. ULPIANO, nei suoi commenti edittali (L. 5 pr., §§ 1, 4, 6 e 7, Dig. 43, 24), si occupa abbastanza minutamente della denunzia di un *opus* per iscagionare il denunciante da un eventuale futura accusa di clandestinità; egli nella denuncia deve specificare il giorno e l'ora della sua futura azione e il luogo. La denuncia può farsi agli amici, al procuratore, in casa, alla moglie e per la città al *curator reipublicae*. Chi non denuncia *opus se facturum*, anzi riceve diffida di non farlo, qualora lo faccia, si trova in posizione più sfavorevole dell'altro quanto alla prova della violenza del suo possesso. E VENULEIO, occupandosi proprio della materia interdittale, nella l. 22, §§ 5, Digesto, *eod.*, sentenziava: *si is qui denuntiaverit se opus facturum, confestim opus fecerit, clam fecisse non intelligitur; nam si post tempus, videbitur clam fecisse.* Noi non abbiamo nessuna ragione per opporci a queste conclusioni anche nel

Digitized by Google

diritto nostro. Il vizio di clandestinità sparisce, tostochè colui contro il quale va a rivolgersi l'*opus* o la privazione del possesso o quasi-possesso resta avvertito che una tal privazione avverrà, come, quando, dove avverrà; non vi è bisogno di alcuna accettazione o adesione di costui, chè altrimenti per il noto principio *volenti non fit iniuria* sparirebbe persino ogni traccia di turbativa. Esclusa quindi l'ipotesi di clandestinità, non resta a vedere se non che ricorra o no l'ipotesi della violenza. Secondo il diritto romano, il contravvenire ad una diffida di non fare non costituiva già un principio di prova della violenza di per sè stessa; ma, per venire alla prova della violenza, doveva naturalmente unirsi con altri elementi d'importanza maggiore, e solo poteva servire per dar quasi il tracollo alla bilancia, ma non ad altro. Non può neppure dirsi che una denuncia recata ad effetto di privazione del possesso costituisca di per sè l'elemento sostantivo della violenza: se violenza vi è, non è certo la denunzia che la costituisce, ma il fatto della privazione materiale operata sopra luogo. Le denunzie costituiscono una buona e sufficiente cautela contro l'accusa di clandestinità, ma per il resto lasciano il tempo che trovano, come accade in ogni altro campo di rapporti giuridici. L'accusa di clandestinità non solo è eliminata da una diffida, ma da qualsivoglia stato di fatto che escluda il sotterfugio. Il nostro legislatore probabilmente non ha voluto adottare l'avverbio qualificativo *dolosamente* invece di *clandestinamente*, perchè, quantunque vi sia *calliditas*, *fallacia*, *machinatio*, questi elementi intenzionali non sono diretti *ad decipiendum*, *fallendum*, *circumveniendum alterum* per procurarsene il concorso volontario all'evento della privazione del possesso, ma sono diretti ad evitare pur che l'altro si accorga dell'atto iniziale della privazione del possesso. Si tratta dunque di un maneggio, raggiro o sotterfugio che si traduce sostanzialmente nel fatto dello spossessamento: appunto perchè ci troviamo in materia possessoria o quasi-possessoria, nella quale l'elemento intenzionale non può mai, neppure figurativamente, disgiungersi dall'elemento materiale, perchè allora si rischierebbe di fare piano piano passaggio in petitorio. Soprattutto, la costruzione del dolo si richiama in materia di consenso, per vedere

Digitized by Google

appunto se la dichiarazione di volontà di una delle parti sia o no la vera e libera manifestazione di un raziocinio fondato su elementi di fatto non erronei; in materia di possesso noi dobbiamo specificare la macchinazione e convertire il sotterfugio in un elemento negativo ma di cui è possibile una diretta constatazione all'infuori della volontà dell'uomo. Questa è la clandestinità, voluta sì e preveduta senza dubbio dall'agente od autore dello spoglio, ma che risulta dal fine *conseguito* occultamento della privazione del possesso, vale a dire dal conseguimento dell'evento in cui si converte e traduce lo spoglio del possesso. Il fatto dunque e il fatto occulto sono gli elementi dello spoglio clandestino: l'aggettivo non può pertanto scompagnarsi dal suo sostantivo che è lo spossessamento della servitù, e, non potendo scompagnarsene, non varrà a costituire l'elemento intenzionale in una costruzione più involuta e meno adatta alla semplice posizione del possessorio.

150. È necessario soffermarsi alquanto sull'applicabilità dell'azione di reintegrazione contro i terzi possessori in diritto nostro. Il diritto canonico, sempre in materia di benefici, e invocando a giustificazione il *periculum animae*, nel capo *Saepe contingit*, 18, *de restitutione spoliationis*, lib. XI, *decretalium*, aveva stabilito che, *non obstante iuris civilis rigore, si quis de caetero scienter rem talem receperit, cum spoliatoris quasi succedat in vitium, contra possessorem et huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur*. Il diritto canonico snaturava l'indole del diritto reale della reintegranda e lo trasformava nella successione ad un vizio personale, per dedurne una specie di *restitutio in integrum*, falsando di sana pianta la natura dell'istituto. In diritto nostro si domandò se fosse estensibile l'azione ai terzi detentori della cosa, per la quale si avverò lo spoglio del possesso, quando questi terzi avessero a bella posta preso presso di sè la cosa stessa per rendere più difficile il nesso tra lo spoglio e la cosa, più indaginosa la prova della violenza e della clandestinità e oltremodo difficile di rintracciare la cosa stessa. In questa ipotesi si risolse che il terzo fosse da ritenersi quasi complice del disegno della spogliazione, perchè avesse con-

Digitized by Google

tribuito a nasconderne le traccie, e d'altra parte, avendo riguardo alla sua mala fede, non si ritenne soverchio di far gravare anche su di esso la mano della legge. Questo ragionamento è giusto ed è sufficiente per determinare l'azionabilità dello spoglio contro il terzo possessore di mala fede. Ma che dire quante volte il terzo sia invece possessore di buona fede (1), vale a dire ignori che la cosa da lui acquistata provenga da uno spoglio oppure contenga una posizione di fatto di tale provenienza? Il terzo di buona fede, per le cose mobili, è protetto dall'art. 707 del Cod. civile, perchè in lui il materiale possesso produce gli effetti tutti del titolo; per le cose immobili allorchè si tratta dello spoglio di una servitù non costituita per titolo (perchè, se titolo vi fosse, i registri della trascrizione parlerebbero chiaro), si applica il principio generale *nemo plus iuris in alterum transferre potest quam quod ipse haberet* e perciò non è questione di buona fede, ma di stato di diritto obbiettivo. L'acquirente avrà avuto torto di non essersi bene assicurato, prima di acquistar l'immobile, non solo dell'esistenza di servitù soggette a trascrizione nel titolo che le costituisce, ma benanche di servitù continue ed apparenti costituite per prescrizione trentennale o per destinazione del padre di famiglia. Se egli non si è accorto dell'esistenza di queste servitù, appunto perchè, nell'istante in cui egli concluse il contratto, il quasi-possessore di esse era stato spogliato del quasi-possesso ad opera del proprietario del fondo serviente; in tale ipotesi certamente egli è in buona fede e non è neppure in colpa per non aver fatto ricerche sufficienti ad accertarsi sopra luogo dell'esistenza o meno di una servitù continua ed apparente:

---

(1) Il Borsari (*Commento al Cod. civ.*, § 1482) si diffonde alquanto a provare che la buona fede può portare le sue conseguenze anche in materia di possesso, e non soltanto in materia di proprietà; ma, per quanto a noi sembra, sfonda una porta aperta: dappoichè qui non si tratta di vedere se il possesso sia manutenibile, o se sia da tutelarsi coll'azione di spoglio, o altrimenti, ma si tratta di applicare integralmente le solite regole relative al trasferimento dei mobili e degli immobili da uno ad altro possessore, rispetto alla validità del trasferimento stesso nell'ordine sociale e per tutelare efficacemente l'ordine e la tranquillità di tutti, nonchè la regolarità dei rapporti patrimoniali.

Digitized by Google

dal momento che il proprietario alienante del fondo serviente può avere avuto tanta abilità, da far scomparire le traccie e i manufatti di un precedente esercizio della servitù totalmente, senza ingenerare sospetto alcuno nell'animo del più accorto osservatore.

Ma questa è la differenza tra il regime dei trapassi dei beni mobili e quello dei beni stabili: che pei secondi non basti la buona fede a menomare l'insistenza di un diritto reale, mentre per i primi basta la buona fede, appunto perchè i diritti reali che si possono avere sui beni mobili non sono frazionari della proprietà, ma si compendiano tutti nel diritto di garanzia che noi chiamiamo pegno e che non suppone nè ammette nel garantito qualsivoglia uso della cosa a lui pignorata, ben diversamente dalla servitù che si traduce in atto sull'immobile sopra al quale cade. Che se l'acquirente del fondo da un proprietario, il quale abbia spogliato un altro della servitù di passaggio sul fondo stesso, si trovi in cognizione di questo spoglio, la sua posizione giuridica non si aggrava punto nei rapporti collo stesso titolare della servitù; egli è sempre tenuto in forza del rapporto reale, in cui subentra all'alienante che glielo trasferisce col fondo a lui venduto: soltanto, essendo in mala fede, egli non avrà rivalsa di danni nè azione di rescissione contro l'alienante per un'eventuale lesione *ultra dimidium* nel prezzo della vendita, e forse, in date circostanze di fatto e quando risulti avere anch'egli consentito a correre l'alea dello spoglio e delle conseguenze di esso, non avrà neppure l'azione per ottenere dal venditore il rimborso del *quanti locupletior factus est*, coll'azione *de in rem verso*. Del resto; non essendo qui il luogo per ventilare quali e quante azioni possano concedersi all'acquirente contro l'alienante, secondochè di buona o di mala fede, e dovendo noi limitarci a considerare i rapporti dell'acquirente verso il titolare che fu spogliato dall'alienante della servitù che vantava ed anche esercitava sul fondo alienato, è meglio che non c'ingolfiamo in una materia così spinosa ed intricata. A noi basta ricordare che, in materia possessoria, secondo l'art. 701, la buona fede consiste nel possedere come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio e del quale s'ignoravano i vizi: ma che, quando la mala fede risulta

Digitized by Google

da un disegno o da un accordo fraudolento, avente per oggetto un diritto frazionario della proprietà, l'ignoranza dei vizi del titolo di traslazione della proprietà potrà essere una sufficiente ragione di buona fede rispetto allo *ius proprietatis* e al suo esercizio ma non già rispetto allo *ius servitutis* e all'esercizio del medesimo. Laonde, se si prova che egli ha acquistato colla piena scienza e coscienza di uno spoglio avvenuto da meno di un anno di una servitù prediale, p. e. di passaggio, egli, rispetto al titolare della servitù stessa, e in materia possessoria, deve naturalmente considerarsi in mala fede; per quanto abbia diritto ad esser ritenuto in buona fede in tema di petitorio, se la servitù di cui si tratta non sia stata regolarmente costituita, benchè effettivamente fosse esercitata. Quindi, se pure egli deve soccombere nell'azione di spoglio per la sua mala fede nell'acquisto del fondo, rispetto alla servitù, può tuttavia trionfare in possessorio anche per la sua buona fede nell'acquisto di fronte alla proprietà del fondo stesso: il che significa che la sua buona fede o mala fede ha o può avere due faccie, l'una relativa al petitorio e l'altra relativa al possessorio, dal momento che la legge ha voluto distinguere (non senza opportunità) tra questi due lati patrimoniali reali, proprietà e possesso, anche quanto alle azioni che ne derivano e quanto alla diversa funzione, assoluta e relativa, della corrispondente tutela giudiziaria.

L'art. 696 Cod. civile fissa alcune norme per il procedimento possessorio in giudizio di reintegrazione: *la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice* (ciò è naturale, perchè tutte le azioni giudiziarie tendono ad una pronuncia o ad un riconoscimento giudiziale!), *premessa la citazione dell'altra parte sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e colla maggior celerità di procedura, contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio.* Questa ultima parte dell'articolo, diretta contro il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio, è appunto in contrasto con tutti i nostri principî e le nostre argomentazioni pel confronto dei rapporti tra il proprietario del fondo dominante e quelli del proprietario del fondo serviente su quest'ultimo fondo. Noi abbiamo escluso, con ragioni desunte dalla logica giuridica e dal buon senso, che il proprietario

Digitized by Google

del fondo serviente, nell'esercizio, anche abusivo, del suo *ius optimum maximum*, possa rendersi responsabile di uno spoglio verso chicchessia nel proprio domicilio e nell'àmbito ed entro i confini del proprio fondo; sia pure verso il titolare d'una servitù prediale sul suo fondo stesso: e questo nostro ragionamento s'imperniava tutto sulla considerazione dell'indole speciale della servitù come diritto frazionario della proprietà. Secondo noi, in questa disposizione consiste il lato debole del sistema legislativo che ci governa: e noi non vogliamo qui stare a ripetere i gravami esposti altrove, sembrandoci solo opportuno di aggiungere che *de iure constituto* la risposta non è dubbia, perchè la legge parla con una chiarezza ammirabile e sembra abbia voluto porre quell'inciso suddetto appunto per evitare in proposito ogni possibile equivoco. Requisito sostanziale per esercitare efficacemente l'azione di reintegrazione è la notorietà del fatto, ossia della privazione violenta o clandestina del possesso ovvero del quasi-possesso per le servitù: e la notorietà evidentemente potrà risultare nei soliti modi di prova, vale a dire con attestati o dichiarazioni di conoscenza e di fama pubblica dinanzi all'autorità designata come competente a riceverli.

La prova della notorietà risultando al giudice da un attestato o dichiarazione in forma legale, egli evidentemente non sarà tenuto, se non in caso di dubbio e per propria tranquillità (specie quando il contenuto dell'atto di notorietà non sia preciso) a richiedere, escutere ed esaminare testimoni. S'intende che anche di notorietà possono darsi varie specie, e che il magistrato, dovendo anche in merito alla notorietà avere le sue convinzioni, può essere più o meno rigoroso in ordine alla notorietà stessa e al contenuto di essa; può richiedere che consti in un modo più o meno esplicito, può domandare delle riprove e delle conferme: il qual suo apprezzamento potrà naturalmente essere impugnato nel merito in grado di appello, con piena possibilità che il magistrato di appello cambi di avviso. Ma intanto ad una cosa è obbligato il magistrato, in forza dello stesso art. 696: egli è obbligato a non accordare nè imporre di sua iniziativa dilazioni di sorta e ad adottare la maggior celerità di procedura. Per la qual cosa, anche se si ritiene necessario dal giudice di completare

Digitized by Google

l'istruttoria della notorietà, egli non potrà farlo che nella stessa seduta, o, per lo meno, nella stessa giornata, protraendo la propria seduta o riprendendola dopo un' interruzione congrua. Ciò ch'egli non può fare è di rimandare al domani, e molto meno più oltre, la risoluzione della controversia e il provvedere intorno all'azione di spoglio: altrimenti la ragione di questa eccezionalissima azione possessoria verrebbe meno, e si dovrebbe forse con maggior serietà sondare il terreno del petitorio. La ragione poi perchè l'azione di reintegrazione si presenta proceduralmente come più spedita dell'azione di manutenzione sta nel principio — *spoliatus ante omnia restituendus* —, intendendo la espressione *ante omnia* non solo nel senso che prima di ciò non si debba passare ad altro atto od operazione, ma anche più propriamente in senso cronologico; nel senso cioè che questo svolgimento procedurale debba aver luogo immediatamente e senza interruzione notevole dalla domanda alla pronuncia del giudice, il quale alla peggio, se non ritiene provato lo spossessamento violento o clandestino, deve senz'altro respingere la domanda dell'attore.

151. L'art. 689 del Codice nostro saggiamente dispone che gli atti di violenza o clandestini non possano servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo: non dice però che non possano servire di fondamento all'acquisto di quel *qualunque* possesso, che per l'art. 695 dev'essere la condizione necessaria per l'esercizio dell'azione di reintegrazione. Dobbiamo quindi supplire noi col nostro buon senso; dappoichè quella disposizione, che del resto è un duplicato dello art. 686, non soccorre al nostro caso. Noi diremo allora, per via di sostituzione e di parafrasi del concetto di *qualunque possesso* contenuto nell'art. 695 del Codice, togliendo argomento da entrambi gli art. 686 e 689, che « chi è stato violentemente ed occultamente spogliato del possesso *anche violento, anche clandestino, anche precario,* di una cosa mobile od immobile » possa entro l'anno proporre l'azione di reintegrazione del possesso stesso? Se vogliamo mantenerci fedeli ai principî generali del diritto sulla violenza, noi dobbiamo cambiare strada, limitare la parafrasi suddetta e rettificarla in modo ragionevole, in modo cioè da rispondere

Digitized by Google

non solo alla lettera, ma anche allo spirito della legge. Sta a vedere se a colui, il quale siasi impadronito di una cosa per violenza o per clandestinità, si possano questi vizi rinfacciare da altra persona che cogli stessi vizi possessori ne l'abbia spogliata: noi dobbiamo, per semplificare e acutizzare la nostra ipotesi supporre di trovarci in veste di giuristi in mezzo ad una associazione di malfattori, che si contrastino a forza o si rubino l'uno coll'altro la preda. Sarebbe ben curiosa che noi consentissimo ad accordare all'ultimo malfattore spogliato l'azione di spoglio contro l'ultimo malfattore detentore della preda conquistata nella cattiva guerra del delitto e del brigantaggio, con imboscate, rapine e sequestri di persona! La nostra civiltà e le nostre sottigliezze fuor di proposito farebbero smascellar dalle risa persino il selvaggio abitatore della Polinesia e formalizzerebbero sino il primo dei nostri banditi o l'ultimo dei nostri ergastolani! Per non essere dunque di ludibrio alle persone che hanno senso comune (abbiano o no senso morale), per non essere spettacolo di leggerezza a noi stessi, noi dobbiamo mettere dei freni alle aberrazioni del *possessorium sommarium vel summariissimum*. A rimuovere le violenze, specialmente da parte dell'attore in rivendicazione, bastava sotto l'impero del diritto comune il semplice fondamento in un atto di possesso pacifico, cioè non contrastato: fino a poco tempo fa s'insegnava darsi in pratica un duplice *interdictum retinendae*, e cioè l'*ordinarium seu plenarium* per discutere pienamente coll'osservanza delle formalità procedurali se l'attore possieda senza vizi di fronte all'avversario, e il *summarium vel summariissimum* per cercare il possessore al momento dell'inizio della lite e determinare per siffatta guisa quale sia il *possessor* e quale il *petitor* (salvo a questo ultimo di agire o in petitorio o in possessorio plenario). Questa complicazione di azioni e di procedure aveva soprattutto un merito: quello di allontanare sempre più dallo scioglimento di tutta quanta la controversia, la quale fondamentalmente doveva imperniarsi e concludere nel petitorio, prima o dopo. Rispetto al petitorio il possessorio è già una fase procedurale eccezionale, e, diremo così, preparatoria; perchè se colui il quale oggi perde in possessorio domani vince in petitorio, la prima

Digitized by Google

vittoria in possessorio non val nulla ed è completamente distrutta dal petitorio, perchè il proprietario, una volta riconosciuto tale, dovrà per lo meno acquistare o riacquistare il possesso a titolo di proprietà.

Certamente le ultime aberrazioni del *summariissimum* debbono aver molto influito sull'esagerazione della tutela possessoria, specialmente per mezzo dell'azione di spoglio accordata a diritta e a sinistra per *qualunque possesso*, fin dove può nell'inverosimile spaziare umana fantasia. Dunque s'impone fortemente la necessità di richiamare la tutela del possessorio alle sue vere funzioni: e ciò anche se si tratta dell'azione di spoglio contro un violento od occulto rapitore ed anzi specialmente in questo, che più del caso delle turbative offre la possibilità di eccedere nella tutela. Or noi dunque porremo anzitutto la massima che lo spoglio, per rendersi passibile dell'azione possessoria, dev'essere ingiusto. Non è ingiusto lo spoglio che il proprietario commette verso il ladro, anche dopo il flagrante o quasi-flagrante: quando io incontro per via il ladro d'una mia ombrella o d'un mio bastone, il cui riconoscimento non lascia e non può lasciare in me alcun dubbio, se io gli tolgo di mano l'ombrello o il bastone, certo non agisco ingiustamente. Secondo le dodici tavole, chiunque avesse voluto far ricerca nella casa altrui di oggetti rubatigli, lo avrebbe potuto entrandovi ignudo e solo cinto dal linteo, tenendo con ambe le mani davanti agli occhi un bacino di bilancia per rispettare la pudicizia delle madri di famiglia e delle vergini presenti; quanto egli avesse trovato di suo in questa ricerca ritenevasi compendio di furto manifesto. Che più, se l'uccisione del ladro notturno s'intendeva pienamente giustificata, e così l'uccisione fatta di giorno del ladro che si fosse difeso colle armi alla mano? La conseguenza di ciò è che chi spoglia anche violentemente il ladro delle cose sue non può dirsi uno spogliatore spregievole, anzi neppure un vero spogliatore, perchè *vim vi repellere licet* e contro lui non può ammettersi la reintegranda: così il titolare o esercente d'una servitù prediale che violentemente o clandestinamente si è impadronito della servitù non può investire coll'azione di spoglio il proprietario che gli chiude in faccia la porta della sua villa o lo

Digitized by Google

ingresso del suo fondo per ottenere il rispetto alla libertà della sua proprietà. Ma anche in diritto romano si trova una costruzione, e anzi un'ingegnosa spiegazione o giustificazione della facoltà del proprietario o dell'esercente la servitù di riprendersi la pienezza del possesso o quasi-possesso o dell'esercizio della proprietà ovvero della servitù prediale.

A parte il *vim vi repellere* nello stesso contesto della violenza che si riceve (*in continenti*), l'istinto naturale di riprendere una cosa a noi tolta trova piena scusa per chi, *in ipso congressu* però (vale a dire nella stessa colluttazione corpo a corpo sulla cosa o per la cosa), ricupera con violenza il possesso a lui pure con violenza tolto; perchè in tal caso s'intende *in pristinam causam reverti potius quam vi possidere*. Ma, aggiunge coerente a sè stesso il giureconsulto, se io scacciai te con violenza e immediatamente dopo tu scacciasti me ed indi io scacciai te (indi, non immediatamente), tu potrai utilmente contro di me sperimentare l'interdetto *unde vi*. Così il diritto classico diviene certamente più raffinato nelle distinzioni e nelle sottigliezze; mentre questa, in fondo, non è che un'applicazione della norma semplicissima *vim vi repellere licet*, ritenuta anche da Cassio e da Ulpiano (L. 1, § 27, Dig. 43, 16). Ma ad ogni modo il responso di Giuliano non dice che uno dei colluttanti debba essere un ladro, ma può anche lasciar supporre che entrambi credano in buona fede di avere un diritto sufficiente di tenere presso di sè la cosa propria: talchè, mentre si risolve la controversia di merito, è sempre giusto accordare interinalmente il possesso a colui che primo possedette la cosa passata in questa colluttazione da una ad altra mano, perchè appunto questa e non altra è nel diritto romano la funzione degli interdetti possessori.

Oltre a ciò tutte queste argomentazioni non possono riferirsi che alle cose mobili, perchè questa colluttazione sulla cosa e per la cosa non avviene pei fondi: certo essendo che il proprietario del fondo serviente non ha bisogno di colluttarsi col proprietario del fondo dominante, per tener sempre in suo potere di valersi dei proprî diritti domiciliari e impedire l'ingresso alla sua casa o al suo podere a chicchessia, ed anche al titolare di un diritto reale o frazionario della pro-

Digitized by Google

prietà; salvo a sopportare le conseguenze di questa sua condotta, se, e finchè, e quando arbitraria. È più conveniente ad ogni modo impedire una violazione del domicilio, anzichè far ragione contro uno spoglio violento e clandestino da parte del proprietario del fondo serviente. Che se lo spoglio (e questo anzi vedemmo essere l'unica possibilità di configurazione dello spoglio stesso) proviene da qualche terzo, ossia da persona diversa dal proprietario del fondo serviente; in tal caso proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo serviente, d'accordo, potranno respingere la violenza, il primo coll'azione reintegranda del quasi-possesso e l'altro coll'azione reintegranda del possesso, e cioè il primo *iure servitutis* ed il secondo *iure proprietatis*, ma entrambi colla stessa azione. Il punto della controversia, per evitare l'esagerazione del possessorio, sta nell'escludere l'azione di spoglio quando il proprietario del fondo serviente chiude la porta della propria villa in faccia a chi vuole entrare per esercitare un proprio diritto di servitù: or questa non è nè *vis atrox*, nè *vis* semplicemente, e, se turbativa non è, altro non può essere: non è atto clandestino, perchè apparente, visibile e fatto alla luce del sole. Dunque noi escludiamo l'azione di spoglio, non solo perchè quest'azione non è comportabile nei rapporti tra un diritto frazionario della proprietà e il diritto della proprietà piena; ma anche perchè non ricorrono i termini della violenza e della clandestinità, quando il proprietario nel suo fondo, ossia nel suo domicilio, non può essere mai accagionato di atti di violenza o di clandestinità, perchè non è obbligato di render conto di ciò che fa. In un solo caso si potrebbe ventilare l'ipotesi di violenza a carico del proprietario del fondo serviente: allorchè cioè il proprietario del fondo dominante vi abbia dei manufatti di sua proprietà (come, p. e., una conduttura d'acqua, una muratura di canale e simili). In tal caso la violazione o rottura del condotto o canale, quando sia fatta dal proprietario del fondo serviente con violenza e clandestinità oppure violentemente e clandestinamente ad un tempo, costituisce non una semplice turbativa, ma uno spoglio: semplice turbativa sarebbe se il proprietario del fondo serviente ostruisse quella conduttura o quel canale senza manometterlo, senza rom-

Digitized by Google

perlo. Qui, lo ripetiamo ancora, il proprietario del fondo serviente si mette nella stessa posizione di un terzo spogliatore: anzi con maggior gravità, inquantochè abusa dei diritti del suo domicilio e della maggiore facilità ch'egli ha, trovandosi sul posto, di compiere l'ingiusta violazione. Che se non vi fossero prove sufficienti per ritenere il proprietario del fondo serviente come autore degli atti vieti che si lamentano, non basterebbe un qualsivoglia obbligo di custodia dei manufatti per ritenere lui responsabile o corresponsabile dello spoglio accanto all'incognito estraneo violatore; perchè il fatto dello spoglio, dal punto di vista giuridico, è un fatto complesso che richiede bensì elementi reali, ma non esclude nè può escludere elementi personali.

Senonchè quest'ipotesi che sia il proprietario del fondo serviente l'autore dei guasti e però dello spoglio, come il maggior numero delle volte è la più vicina al vero, così è anche la più imbarazzante dal punto di vista delle prove; perchè il proprietario del fondo serviente ha tanto agio per compiere, non disturbato e non veduto, lo spoglio, che noi non ci possiamo addirittura figurare come per compiere lo spoglio stesso egli attenda la presenza di persone le quali ne possano riferire al proprietario del fondo dominante ed attestare in giudizio. Ecco come e perchè l'unico caso di spoglio che potrebbe in teoria attribuirsi al proprietario del fondo serviente, in pratica resta escluso quasi sempre per la difficoltà della prova. Eliminando perciò dalla struttura e dal contenuto delle azioni possessorie e dall'azione di spoglio in ispecie quelle esagerazioni le quali non fanno se non guastare quel molto o poco di buono che può esservi in questa tutela possessoria, il possessorio non ci si presenta già come contrapposto ideologico e logico del petitorio che si esperirà dopo la sistemazione del possesso e che così *a priori* debba, quando occorre, mettersi risolutamente in contrapposto, in contraddizione col petitorio stesso; ma ci raffigura una sistemazione provvisoria, il più possibilmente conforme e adattata al merito del petitorio, qualora questo appaia da una delibazione ragionevole, e contrapposta al petitorio solo quando non si può a meno, o non si possa senza oltrepassare i limiti imposti dalle imprescindibili necessità dell'urgenza e dell'ordine.

Digitized by Google

Ricordiamoci sempre che l'idea primigenia e sostantiva del possesso è di essere la manifestazione esteriore, normale e apparente, del diritto di proprietà, almeno all'occhio dell'osservatore che non ha tempo e mezzo di approfondire ricerche giuridiche sulle pertinenze patrimoniali di persone a lui sconosciute; ricordiamoci anche che il quasi-possesso delle servitù prediali è a sua volta l'immagine di quel diritto petitorio, frazionario della proprietà; e, come l'immagine non deve essere infedele verso la figura che rappresenta, così noi nell'accordare la manutenzione o la reintegrazione di questo quasi-possesso, dobbiamo sempre tener presente che la servitù prediale è un diritto frazionario della proprietà e che non vi si può in alcun modo contrapporre, specialmente quanto a procedura e a costruzione di funzioni e a metodi di esercizio e di tutela giuridica.

Digitized by Google

TITOLO TERZO

AZIONI GENERALI E LORO SPECIALE APPLICAZIONE

CAPO I.

Denuncia di nuova opera.

152. Ragioni per l'esclusione della denuncia di nuova opera e delle azioni accessorie. — 153. Esami dei testi romani.

152. Poniamo prima di tutto che per azioni generali in questo luogo s'intendono le azioni che sono accordate generalmente a tutela del possesso: si tratta di vedere se la denuncia di nuova opera quale azione reale e le azioni personali di danno temuto e sofferto, che generalmente si accordano in materia possessoria, possano incontrare difficoltà nell'esercitarsi in materia di servitù. Queste azioni non si possono veramente chiamare nè petitorie nè possessorie. Non si possono chiamare petitorie, perchè sorgono dal rapporto di vicinanza tra fondi e il rapporto di vicinanza tra fondi prescinde completamente dalla natura del rapporto che su quei fondi stessi possano avere piuttosto i proprietari che i possessori: è un rapporto del tutto reale e suppone coi fondi delle persone le quali possano agire per interesse che abbiano sui diritti reali che tra quei fondi intercedono. Non si possono chiamare possessorie, perchè non stanno a determinare i diritti del possessore indipendenti e contrapposti a quelli del proprietario. Sono dunque delle semplici azioni di vicinanza: azioni che certamente stanno per conservare e garantire l'esercizio di diritti reali sui fondi vicini, ma che non suppongono davvero una

Digitized by Google

speciale determinazione di siffatti diritti reali. È certo che la denuncia di nuova opera è un rimedio accordato unicamente per rapporti di vicinanza: poichè, senza rapporti di vicinanza, la costruzione di una nuova opera in un fondo non potrebbe presentare interesse di sorta per un altro fondo. Se da una costruzione di una nuova opera in un fondo possono derivare dei danni per un fondo lontano, non v'è altro rimedio che aspettare che i danni avvengano, e, avvenuti essi, muoverne lagnanza per il risarcimento nei modi ordinari e senza particolarità alcuna. Il danno temuto può dar luogo ad azioni e il timor del danno a rimedi soltanto in riguardo alla vicinanza: il che non toglie si possa per la vicinanza stessa invocare l'azione di rifacimento del danno sofferto, quando si riesca a provarne l'esistenza. La costruzione d'una azione di denuncia di nuova opera, nei rapporti tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente, può offrire qualche difficoltà, dal lato dei principî, allorchè si tratta di servitù.

Si può domandare se, essendo la servitù una limitazione del diritto di proprietà del vicino sul fondo serviente, questa limitazione stessa, ristretta ai minimi termini, possa essere compromessa da un'azione preventiva o di pura precauzione. È già molto, può osservarsi, che un fondo vicino limiti il diritto di proprietà su di un altro fondo vicino, in esercizio; perchè possa o debba ammettersi che un fondo vicino riesca ad impedire l'esercizio della libera proprietà sull'altro fondo vicino, solo per il sospetto che un giorno l'esercizio della servitù del fondo dominante sul fondo serviente possa essere intralciato da questa nuova opera: e si può temere che una tale azione preventiva o precauzionale diventi un'esosa ingerenza, incompatibile coll'economia restrittiva della servitù prediale. D'altra parte, la pienezza del diritto di proprietà, nel caso di dubbio o di semplice timore, deve avere certamente la preferenza sull'indole parziale del diritto reale: e quindi non è da preoccuparsi di accordare una tutela speciale alla servitù prediale contro i pericoli che possono derivare da una nuova opera. Se, per esempio, il proprietario del fondo serviente, presso una via interna di transito sul suo fondo, costituisce un'opera pericolosa alla sicurezza del tran-

Digitized by Google

sito per quella via, non sembra che il proprietario del fondo dominante abbia la denuncia di nuova opera. La legge tuttavia non lo lascerà senza rimedio; e noi propendiamo a credere che in simile caso possa arridergli liberalmente e largamente l'azione di manutenzione. Però una cosa deve notarsi: ed è la difficoltà dell'ipotesi stessa, perchè il proprietario del fondo serviente, col rendere pericoloso il passaggio a causa della nuova opera, costituisce un pericolo non solo per l'utente della servitù, ma anche per sè stesso; trattandosi di uso contemporaneo, come suole accadere, della stessa strada, sia da parte del proprietario del fondo dominante e *iure servitutis*, come da parte del proprietario del fondo serviente e *iure proprietatis*. Il danno di cui si tratta nella denuncia, diciamo così, di timore, è propriamente un danno per opera costruita o che si sta costruendo al confine: danno che dovrebbe tutto ricadere sul proprietario che si lamenta e per nulla sul proprietarto che ha costruito o sta costruendo l'opera. Togliamo di mezzo il rapporto diretto di confine, o il contatto, la contiguità da fondo a fondo, e noi abbiamo tolto il sostrato per la denuncia di nuova opera: dappoichè i rapporti che sono in giuoco non sono più quelli che derivano da uno stato di fatto, in cui l'uno dei fondi confinanti trovi la sua piena reciprocità nell'altro fondo confinante, appunto perchè nella servitù e di fronte alla servitù i due fondi sono in condizioni disuguali tra di loro, avuto riguardo al luogo sul quale si estrinseca l'esercizio del contenuto della servitù stessa. Vi sono delle opere nuove che possono impedire l'esercizio attuale e reale della servitù, e possono impedirlo non solo per l'impossibilità materiale dell'esercizio stesso, ma anche perchè un tale esercizio si renda pericoloso. Infatti io, proprietario del fondo dominante, non posso materialmente transitare su di una via del mio vicino per la quale ho la *servitus itineris*, se questa via è ostruita da rottami e macerie oppure se è troncata da escavazioni o da lavori agricoli che ne guastino il tracciato. Non voglio transitare su quella via, se transitandovi vi è pericolo di rimanere accoppato da un edifizio vicino male in piedi: e non lo voglio a ragione e giustamente, pretendendo che il diritto mi assista per la remozione di questo ostacolo all'esercizio

Digitized by Google

della mia servitù. Ma, poichè sulla via per la quale mi è dato il passaggio io non mi trovo con diritto eguale a quello del proprietario del fondo serviente, io non posso invocare quel rimedio che solo può sorgere dal rapporto di vicinanza, ma sono costretto di ricorrere ad un' altra categoria di rimedi, pei quali sia sufficiente un diritto minore di quello del mio avversario, e cioè alla categoria dei rimedi possessori o quasi-possessori. Questi rimedi ai quali io debbo ricorrere sono sufficienti per tutelarmi, anche dal timore, qualora il timore stesso sia sufficientemente fondato; ma io non ho il mezzo diretto della denuncia, bensì il mezzo meno diretto e meno agevole forse, da un certo punto di vista, della manutenzione possessoria o quasi-possessoria. Per le altre azioni, le quali non richiedono un rapporto di vicinanza ma sono date a tutela o di qualsivoglia diritto in genere o di qualsivoglia diritto reale in genere, non vi sono difficoltà di applicazione le quali possano derivare dall'essenza del diritto stesso di servitù, della cui applicazione si tratta: se difficoltà vi fossero, altre ne sarebbero le ragioni. Evidentemente, come diritti reali, le servitù devono essere tutelate da azioni, la cui natura e la cui portata siano ben distinte dalla natura e dalla portata delle azioni derivanti dai diritti personali o diritti di obbligazione: questo è evidentissimo e non richiede alcuna dimostrazione di conferma. Anche il diritto della vicinanza, o, a meglio dire, il complesso dei diritti che sorgono dalla vicinanza, fanno parte della sistemazione reale del rapporto giuridico da fondo a fondo: ma questo rapporto reale, accompagnato da circostanze topografiche non comunicabili da fondo a fondo, nella sua realità è singolare e merita una considerazione speciale. È al rapporto di vicinanza, considerato come rapporto reale, che non si possono togliere le azioni reali generiche; mentre agli altri diritti reali, che non sono di vicinanza, non possono attribuirsi le azioni reali che sono speciali del rapporto della vicinanza. Ma al rapporto di vicinanza che non si traduce in servitù non possono naturalmente attribuirsi le azioni che della servitù sono proprie ed esclusive: esso può soltanto fare appello alle azioni reali che sono generali ed estensibili a tutti i rapporti di natura reale, niuno eccettuato.

Digitized by Google

Mantenendo nella tutela dei diritti stessi di servitù prediale la maggior sobrietà possibile e compatibile coll'economia di tutto quanto il diritto giudiziario nostro, noi riusciremo a questo, di rendere più efficace e intensa la tutela a mezzo di quelle azioni delle quali riconosciamo l'applicabilità al caso nostro. Non è mai infatti un grande assortimento di mezzi di tutela o di azioni tutelari quello che può rendere più certa o più efficace la tutela stessa dell'esercizio di un dato diritto: questo sarebbe un errore gravissimo e pieno di pericoli. Noi dobbiamo valerci esclusivamente di quei mezzi che ci sono consentiti, e che formano, diremo così, il patrimonio procedurale del diritto delle servitù prediali; e quei mezzi dobbiamo condurre alla migliore efficacia loro senza sforzi, senza adattamenti vani e fantastici, senza analogie impossibili e strabilianti. Il volere accordare senza restrizioni la denuncia di nuova opera e l'*interdictum demolitorium* e la *cautio de opere restituendo* dei Romani sarebbe effetto di uno zelo fuor di luogo e sbagliato, perchè appunto non si verte in rapporto di vicinanza per confine a contatto, ma più propriamente e di regola in un rapporto di vicinanza senza che direttamente v'influisca il contatto della linea di confine. Se lo stesso scopo si può raggiungere, sia pure con minore agio del proprietario del fondo dominante, ma con minore fastidio per il proprietario del fondo serviente, non deve esitarsi a scegliere un tale mezzo di tutela di fronte ad un altro più comodo bensì per il proprietario del fondo dominante, ma più fastidioso per il proprietario del fondo serviente: sono le regole del minimo mezzo e dello stretto necessario quelle che restringono in tal caso l'attività del proprietario del fondo dominante nei limiti più modesti che conciliar si possano coll'esercizio della servitù prediale e colla causa perpetua di questa servitù stessa. Certamente, in riguardo appunto alla causa perpetua, il proprietario del fondo dominante ha ragione di pretendere che non stiasi già soltanto a considerare l'esercizio della servitù atto per atto e per ciascun atto isolato, e che si tenga conto altresì della durata a limite indeterminato dei singoli atti che della servitù medesima costituiscono il contenuto: e perciò la tutela di cui può disporre dev'essere certamente proporzionata a questo scopo, ma non può mai

Digitized by Google

eccedere i limiti del diritto frazionario, del diritto la cui esistenza non costituisce intralcio di sorta al parallelo esercizio del diritto di proprietà.

153. Queste cose ora dette circa la denuncia di nuova opera non bisogna già intenderle in modo assoluto, perchè vi sono dei testi che in diritto romano ammettono la *novi operis nunciatio* anche quando si tratta di servitù. Nella l. 15, Dig. 8, 2, ULPIANO, trattando delle *servitutes ne luminibus officiatur* e *ne prospectus offendatur*, ammette *opus ei novum nuntiari posse, si modo sic faciat ut lumini noceat.* Nella l. 6, § 7, Dig. 8, 5, lo stesso ULPIANO, a proposito della *servitus oneris ferendi*, nell'ipotesi che la *paries* d'appoggio *deterior fiat*, ammette l'esperimento dell'*actio reficiendae parietis* o dell'*operis novi nunciatio.* Ancora ULPIANO, in l. un., § 3, Dig. 43, 25, afferma genericamente che *ius habet opus novum nuntiandi qui aut dominium aut servitutem habet*: però evidentemente con questo principio generale egli non esclude, nè può escludere la necessità del concorso dei requisiti intrinseci della *nunciatio.* E però noi a ragione dicemmo e ripetiamo ora che questa servitù in tanto si deve, in quanto è l'estrinsecazione del rapporto di vicinanza a contatto, sia pure in riguardo delle servitù: del modo poi d'intendere la vicinanza a contatto, allorchè si tratta della servitù di semplice prospetto, parleremo a suo luogo. Certo vi sono delle servitù di contatto come delle servitù di veduta; e a suo luogo richiameremo questa classificazione. Le servitù di contatto presentano una posizione molto simile a quella del confine: l'*onus reficiendae parietis* può essere sostituito da una *novi operis nunciatio*, perchè il *novum opus* non solo si presenta dal punto di vista in cui noi lo consideriamo all'infuori di ogni rapporto di servitù, ma nel rapporto di servitù si presenta anche sotto una forma speciale nel senso che il *novum opus* può compromettere anche la solidità e la stabilità del muro a favore del quale è costituita la servitù di oneramento. Quanto alla *servitus ne luminibus officiatur* e *ne prospectus offendatur*, anche qui, dal punto di vista pratico, conviene supporre che il giureconsulto, per lo meno, alluda ad una grande prossimità del *novum opus* alla casa che ha la servitù attiva:

Digitized by Google

altrimenti la *novi operis nunciatio* rappresenterebbe un'angheria, un abuso senza precedenti. La denuncia di nuova opera qui può concepirsi, allorquando l'oscuramento delle luci e l'ostruzione del prospetto fosse proprio a ridosso della casa dominante, in modo da danneggiare l'esercizio del diritto di servitù non solo, ma anche da compromettere promiscuamente e simultaneamente l'esercizio dello stesso semplice diritto di proprietà.

Poichè la materia è delicatissima qui: il diritto alla luce e al prospetto è un diritto che, in certi limiti, è contenuto nel diritto di proprietà, in armonia colla sistemazione edilizia, e, oltre questi limiti, può acquistarsi ed esercitarsi in forza di una servitù. Come determinare il punto di separazione tra il diritto alla luce e al prospetto *iure proprietatis* e il diritto alla luce e al prospetto *iure servitutis?* In teoria e in pratica è cosa difficilissima, ed è appunto tanto più difficile per la conciliazione dell'una coll'altra; non si può prendere regola nè dalla proiezione dell'ombra della casa dominante, nè da una distanza eguale alla fronte o facciata della casa stessa. Noi abbiamo i regolamenti edilizi coordinati all'art. 571 Codice civile; e quest'articolo per noi fissa la distanza costante di tre metri, serbando la quale sembrerebbe non potesse sorgere gravame per oscuramento di vedute o impedimento di prospetto, se pure non siasi acquistato un diritto di servitù per una lontananza maggiore dei tre metri. Vuol dire che la legge all'esercizio del diritto di proprietà garantisce un minimo di tre metri di prospetto: e per questi tre metri di prospetto noi non troviamo strana una *novi operis nunciatio* allo scopo di garantirne indirettamente la conservazione e il rispetto. Oltre ai tre metri viene la servitù, e la *novi operis nunciatio*, almeno per diritto nostro, non ha più ragione d'essere. Quanto al diritto romano, ove si conosceva la necessità soltanto di una distanza legale irrisoria per il prospetto, angusta pel transito e solo forse bastevole per la sicurezza degli abitanti e per evitare lo stillicidio (metri 0,74 di *ambitus*), non si poteva venire ad una tale distinzione fissa e aprioristica tra prospetto *iure proprietatis*, luce *iure proprietatis* da un canto, e prospetto e luce *iure servitutis* dall'altro canto. Ecco perchè volendo

Digitized by Google

largheggiare nella tutela giuridica di queste servitù si dette anche la denuncia di nuova opera per garantirne l'esercizio. Quanto del resto pone ULPIANO nei suoi commenti edittali, sotto il titolo *de remissionibus*, che *ius habet nuntiandi qui aut dominium aut servitutem habet*, conviene intendersi chiaramente e in armonia col successivo § 4 riguardo all'usufruttuario, al quale si dà pure facoltà di sperimentare la *nunciatio operis novi*, nonchè colla l. 1, § 20, e l. 2, Dig. 39, 1. L'usufruttuario non può far la denuncia di nuova opera in nome proprio, ma solo come legittimo procuratore del proprietario, oppure può rivendicare l'usufrutto (s'intende in nome proprio) da colui che fa l'*opus novum*, per ottenere in questo ultimo caso la prestazione del *quod eius interfuit opus novum factum non esse*. Che se l'usufruttuario non può in nome proprio far la denuncia all'estraneo in nome proprio, non potrà neppure farla al proprietario; e perciò una denuncia di nuova opera fatta al proprietario del fondo di cui egli è usufruttuario dovrà considerarsi come inutile: *neque enim sicut adversus vicinum* (spiega GIULIANO) *ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare; sed si hoc facto usufructus deterior fiet, petere usumfructum debebit.*

ULPIANO poi, riportando l'opinione di GIULIANO, e, a quanto pare, facendovi adesione, avverte che l'usufruttuario può rivendicare la servitù e denunziare il *novum opus* al vicino ma non al proprietario; insomma ripete l'opinione di GIULIANO che sopra abbiamo desunta direttamente da un passaggio nei Digesti di questo giureconsulto. Notevole è però la chiusa di ULPIANO nel riferire l'opinione di GIULIANO: *idem Julianus dicit de caeteris quibus aliqua servitus a vicino debetur*. Questa osservazione, che conclude il § 4 *de remissionibus*, deve da noi più specialmente essere riavvicinata al § 3 dello stesso frammento, per interpretare ULPIANO con sè stesso e perchè del resto non vi sarebbe ragione di adottare per la servitù prediale una soluzione diversa che per l'usufrutto, dal momento che l'una e l'altro hanno una medesima oggettività generale di contenuto nel fondo serviente ed uno stesso carattere reale in quanto si riferisce all'affezione di questo unico fondo. GIULIANO e ULPIANO sono dunque

Digitized by Google

concordi in questo: che Tizio proprietario del fondo *A* avente una *servitus itineris* sul fondo *B* può denunziare al proprietario del fondo *C*, confinante col fondo *B* presso all'*iter* sul quale si esplica la servitù di esso proprietario del fondo *A*, l'*opus novum* che renda pericoloso o meno agevole l'esercizio della servitù stessa; ma soltanto può farlo in qualità di rappresentante per legge del proprietario del fondo *B*, del quale è cointeressato. Se vuole agire in nome proprio contro il proprietario del fondo *C* il quale ha cominciato un *opus novum*, egli può soltanto sperimentare l'azione petitoria della servitù come potrebbe farlo contro il proprietario del fondo *B*, qualora costui avesse fatto l'*opus novum* impedendogli l'esercizio della servitù stessa. E ciò, beninteso, a parte la considerazione di ogni rimedio possessorio, che nè GIULIANO nè ULPIANO richiamano a questo proposito. L'*operis novi nunciatio* non può sperimentarsi dunque contro il proprietario del fondo serviente, di fronte al quale l'*opus novum* assume il carattere di turbativa o di negazione della *servitus itineris* spettante a colui, il quale, se si trattasse di un estraneo, avrebbe la facoltà della *nunciatio* in rappresentanza e nel nome del proprietario dello stesso fondo serviente. Può *nuntiare opus novum* tanto il proprietario del fondo dominante *iure proprietatis*, quanto il proprietario del fondo serviente *iure servitutis*: ma la denuncia s'intende diretta contro il proprietario o possessore legittimo di un fondo che non è il dominante nè il serviente, ma è un terzo fondo confinante col fondo che serve, qualsivoglia rapporto positivo o negativo, maggiore o minore, di vicinanza esso abbia col fondo dominante.

Minore d'intensità, ma reale anch'esso è il diritto che il proprietario del fondo dominante ha sul fondo serviente per ragione della servitù, rispetto a quello che sul fondo stesso serviente ha il proprietario di esso: lo *ius itineris* sul fondo serviente dal proprietario del fondo dominante è esercitato *iure servitutis* e dal proprietario del fondo serviente *iure proprietatis*, ma sempre in forma e con carattere reale, e cioè individualmente radicato o inerente su quel fondo di cui si tratta. La nuova opera, perciò, può interessare anche il proprietario del fondo dominante, sebbene con minore inten-

Digitized by Google

sità di quanto interessar possa il proprietario dello stesso fondo serviente: ed allora appunto, cioè in rapporto dell'azione che può esercitare il proprietario del fondo dominante su di un terzo fondo dal quale provenga e sul quale sorga la nuova opera che fa concepire molestia o timore per il fondo serviente, si può affermare con una certa pratica esattezza che la servitù prediale è come una frazione del diritto di proprietà sul fondo sopra il quale dessa è esercitata. L'interesse ad esercitar la denuncia di nuova opera in luogo o in prevenzione, per ragion di tempo e d'iniziativa, del proprietario del fondo serviente deriva appunto da questo rapporto reale che non si smentisce nè si attenua neppure di fronte alla nuova opera e alla sua denuncia: e perciò può dirsi veramente che l'interesse si converta e si traduca nel diritto reale stesso, parallelamente alle facoltà inerenti al proprietario del fondo serviente ma indipendentemente da queste facoltà. Che la stessa cosa accada per diritto nostro come accadeva per diritto romano, nei rapporti tra il proprietario del fondo dotato della servitù prediale e il fondo confinante col fondo che serve, non si può escludere; perchè appunto le azioni petitorie e possessorie propriamente dette trovano la loro esplicazione abituale nei rapporti tra i due fondi, dominante e serviente, mentre la denuncia di nuova opera, abitualmente e normalmente, concerne i rapporti tra il proprietario del fondo serviente e un terzo fondo che non è serviente. Quello che noi per lo appunto vogliamo escludere si è che l'azione di denuncia della nuova opera possa essere tratta in campo nel contraddittorio tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo serviente; perchè in questo caso tutte le difficoltà teoriche vengono in luce non meno per diritto nostro che per diritto romano, e i rapporti tra diritto di servitù e diritto di proprietà non permettono che l'opera del proprietario sia considerata come nuova opera in riguardo coll'avente diritto alla servitù: mentre, di fronte ad un terzo proprietario confinante col fondo serviente, il meno che si possa ammettere è che il proprietario del fondo serviente rappresenti quello del fondo dominante nelle azioni di fronte ai terzi, qualora vi abbia interesse.

Digitized by Google

CAPO II.

Azioni personali.

154. Differenza tra il danno temuto e il danno sofferto. — 155. Quali azioni del diritto romano siano applicabili e quali no, in genere e in ispecie. — 156. Se vi siano azioni speciali di danneggiamento in diritto nostro. — 157. Azione *ex contractu*.

154. Quanto alle azioni che si possono applicare all'esercizio arbitrario d'una servitù e che non sono proprie nè del possesso nè dei diritti reali in genere, la nostra mente corre senz'altro alle azioni di danno, in forza dell'art. 1151 Codice civile. In altri termini noi qui ci domandiamo quali azioni personali possano sorgere a tutela, più o meno diretta, dell'esercizio di una servitù prediale. Che del resto un'obbligazione personale sorga o possa sorgere da un diritto reale non è cosa strana, anzi perfettamente normale; se così non fosse, il diritto reale finirebbe coll'essere perfettamente inutile e noi non potremmo risentirne vantaggio di sorta. Ora noi abbiamo visto che l'azione di danno temuto, azione strettamente connessa al rapporto di vicinanza, non è applicabile al rapporto della servitù prediale; quindi non resta, a proposito di danni, che ammettere ed applicare l'azione di danno sofferto, ossia l'azione che si fonda sul risarcimento del male cagionato o da un arbitrario esercizio della servitù stessa od anche da un ingiustificato divieto od impedimento ad esercitarla. È certo che nell'esercizio arbitrario della servitù si possono cagionare danni al proprietario del fondo serviente, sia perchè la proprietà di questo fondo debba subire dei guasti, e sia anche o soltanto e semplicemente perchè s'impediscano dei lucri o si renda vana qualche utilizzazione speciale del fondo stesso, che il proprietario sarebbe in grado di fare. In questo secondo caso di lucro mancato, evidentemente, l'azione da accordarsi a favore della servitù o contro la medesima, non può essere molto proficua nè contenere una grande entità di danni; poichè non conviene tanto aver riguardo ad una lontana possibilità di un'utilizzazione diversa dalla consueta o dalla appariscente, ma conviene piuttosto

Digitized by Google

guardare alla vera perdita che, senza esagerazione di utilità o di sfruttamento, il proprietario del fondo serviente avrebbe potuto risentire dal suo fondo, considerato come completamente libero.

D'altra parte, l'impedire al proprietario del fondo dominante l'esercizio della servitù conduce a questo, o ch'egli non possa conseguire una data destinazione del suo fondo, o che debba provvedervi per via diversa e magari con maggiore dispendio altrimenti. Ad ogni modo, tutti questi elementi debbono essere di danno realmente sofferto, e non di danno temuto: è al danno realmente sofferto che debbono convergere le nostre ricerche per ottenere che si determini e si concreti un'obbligazione personale senza bisogno di menomare o trasformare in alcun modo il rapporto reale. Evidentemente poi, anche dall'impedito esercizio delle servitù negative attive oppure dall'arbitraria imposizione d'una servitù passiva negativa può sorgere una conseguenza dannosa per il proprietario del fondo dominante o per il proprietario del fondo serviente, a seconda dei casi: noi vogliamo appunto riferirci a siffatte conseguenze dannose e accordare a riguardo di esse quei rimedi che le regole generali del diritto consentono: guardandoci in ogni caso dalle esagerazioni e tenendo sempre presente che il diritto frazionario della proprietà non deve assumersi ad importanza principale. Da questa posizione del diritto di servitù non si può tuttavia argomentare che in materia di esercizio di un tal diritto non sia ammissibile azione di danni; perchè l'espressione dell'articolo 1151 Cod. civ. è generica e non presenta distinzione tra il diritto di proprietà e i diritti frazionari di esso, come anche ammette che l'azione di danni possa darsi all'infuori dell'esercizio o della pretesa di qualsivoglia diritto. Il danno nasce dal fatto o dal non-fatto, cioè, per dir meglio, dal fatto positivo o negativo, ossia da una data linea di condotta illegale e invadente l'altrui spettanza, per via diretta o indiretta, senza una base sufficiente nel diritto. E, poichè si tratta della constatazione di un fatto, non s'incontreranno difficoltà sensibili, se non allorquando si tratti di constatare un fatto negativo; ma la difficoltà non implicherà necessariamente l'impossibilità della prova. Talora, praticamente,

Digitized by Google

nella considerazione del danno risentito per l'impedito esercizio della servitù potrà entrare la minorazione dei comodi: come se, ad esempio, non essendomi concesso di servirmi del mio diritto di transitare per il fondo del vicino per recarmi, *delectationis causa*, in un mio giardino, orto o podere (o suppongasi che questo passaggio non sia dato per il trasporto dei prodotti o per qualsiasi altra funzione agricola), io debba percorrere una strada più lunga e meno agevole. In tale ipotesi i miei comodi senza dubbio restano diminuiti e questa diminuzione di comodi per me evidentemente rappresenta un danno risarcibile, per quanto la valutazione ne sia delicata e difficile, tenuto conto della subbiettività del comodo e dello scopo *delectationis* che mi conduce nel mio giardino, orto o podere.

Uno scopo *delectationis* e l'esercizio degli atti relativi mal si traducono, ma pur si possono tradurre, in denaro: e la diminuzione o la soppressione di questo scopo ammettono altresì, per la differenza o per la mancanza, rispettivamente, una valutazione in denaro. Certo è assai più facile tradurre in denaro la soppressione assoluta di un tale passaggio *delectationis causa*, a motivo degli ostacoli frapposti all'esercizio di un diritto alla servitù legalmente acquisito; poichè si vede quanto costerebbe l'acquisto di un passaggio per lo stesso scopo e in condizioni tali che possa servire di surrogato a quel passaggio che si dovrebbe potere esercitare ma che esercitare non si può per il contrasto della parte interessata. Ma se invece a me che ho il diritto di passare a tutte le ore attraverso al fondo del vicino per recarmi al mio giardino *delectationis causa*, si chiude la via solo in talune ore della giornata e non in talune altre, mentre il mio diritto di servirmene è pieno e incondizionato per tutte le ore del giorno: in tale ipotesi riuscirà oltremodo difficile di procedere alla valutazione del danno, calcolando la differenza tra il pieno ed il parziale esercizio del passaggio. Infatti può darsi che, se un dato proprietario oggi ha preso l'abitudine di esercitare quel dato passaggio *delectationis causa* e di mattina e di sera, un proprietario successivo non l'eserciti che di mattina o di sera soltanto, oppure in ore diverse e per minor tempo della giornata. Questa circostanza dell'esser

Digitized by Google

noi in presenza di un diritto reale e propriamente di una servitù, anzichè di un diritto personale, può essere appunto imbarazzante per questo calcolo, il quale non potrà mai riuscire esatto e conforme al vero: ma certamente non per questo, che si tratta di un diritto reale, può e deve escludersi in modo tanto assoluto, che la persona di un dato utente od esercente *pro tempore* della servitù stessa non ne risenta danno.

A tuttociò aggiungasi che, essendo normalmente e logicamente questa domanda di danni accompagnata da una domanda per reintegrazione nell'esercizio della servitù di cui si tratta, il lamentato inconveniente, causa di danni, non può durare che per un tempo determinato; e quindi può essere calcolato quanto ai danni, in un periodo occupato da un solo esercente, subbiettivamente al quale soltanto il danno si presenta calcolabile. In altri termini, i danni non sono destinati a ripetersi e a durare per un periodo di tempo senza limiti: o per effetto di azione petitoria, o per effetto di azione possessoria essi alla fine debbono cessare, se pure la servitù, o, viceversa, la libertà del fondo ha un qualche fondamento di esistenza. Del resto tanto è calcolare la somma di cui risulta depreziato il fondo dominante per l'impedito esercizio o il fondo serviente per l'arbitraria imposizione della servitù, come calcolare il *quanti interest* per il proprietario del fondo dominante stesso o per il proprietario dello stesso fondo serviente (a seconda dei casi) a che gli sia restituito o accordato ovvero sia tolto di mezzo l'esercizio della servitù, rispettivamente. O per via diretta o per via indiretta si deve sempre venire alla considerazione personale, ossia all'apprezzamento subbiettivo di natura economica di chi o fu arbitrariamente impedito di esercitare la servitù, o arbitrariamente subì da altri l'imposizione e l'esercizio di una servitù sul fondo di sua libera proprietà. Già fin dapprincipio rilevammo l'esattezza e l'applicabilità anche al caso nostro del principio aristotelico, esser l'uomo la vera misura di tutte le ricchezze; e quindi non dobbiamo avere difficoltà ad ammettere l'azione di danni, dal momento che abbiamo uno o più proprietari sul cui apprezzamento utilitario, constatato in via di fatto, noi possiamo fondare la

Digitized by Google

nostra determinazione dei danni stessi. Ma questi danni vengono sempre dopo un esercizio interrotto per desiderio di contraddizione; perchè se non ancora si fosse esercitata la servitù, il ritardo nell'esercizio dipenderebbe più dall'incuria del proprietario del fondo dominante a chiederne l'esercizio e a tradurlo in atto, anzichè dal contrasto del proprietario del fondo serviente. Se invece si tratta di servitù che si è esercitata a torto, può pesare sul proprietario del fondo serviente il ritardo nel gravarsi di questo abuso e farsi reintegrare nella pienezza della sua proprietà: tanto più nella ipotesi che colui il quale a torto fece atto di servitù attiva fosse stato in buona fede; mentre all'infuori di questa considerazione la buona fede dell'abuso non conta proprio niente, per la ragione semplicissima che il danno è sempre tale obbiettivamente, e, purchè sia volontario, può sempre formare oggetto di risarcimento da parte di chi lo produsse.

155. In diritto romano, per il *damnum iniuria datum*, noi troviamo speciali sanzioni di repressione e di riparazione, delle quali non si sarebbe potuta negare l'applicazione a riguardo delle servitù. Il terzo capo della legge Aquilia riguardava espressamente i danneggiamenti di ogni specie prodotti con lesione o distruzione di bestie e di cose altrui: *caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.* Qui si tratta sempre di *damnum corpore corpori datum* e la tutela è accordata al proprietario della cosa danneggiata: senonchè non tarda a sorgere, per opera della giurisprudenza, un'*actio legis Aquiliae utilis* a favore così del possessore di buona fede come di chiunque avesse qualche diritto reale frazionario della proprietà sulla cosa che riceveva il danneggiamento, ed anche senza la necessità di un vero e proprio danno corporale (*corpore corpori datum*), bastando la semplice occasione colposa al danneggiamento stesso. Il lib. 9, tit. 2 del Digesto, ch'è *de lege Aquilia*, ci offre un chiaro esempio di azione per danni utile, accordata per analogia della legge Aquilia, senza necessità che il danno sia recato corporalmente: Paolo nella l. 30, § 3,

Digitized by Google

ammette la punibilità del dolo e della colpa, secondo la legge Aquilia, quando taluno abbia acceso del fuoco per abbruciare la propria stoppia o siepe e il fuoco, trascorso oltre, abbia offeso la biada o la vigna altrui, in giorno ventoso; *nam et qui occasionem praestat* (dice il giureconsulto) *damnum fecisse videtur*. Lo stesso accade in genere quando chi ha acceso il fuoco non fa attenzione all'eventualità che il fuoco si propaghi e non prende le sue precauzioni per evitarlo. Ed anche il semplice fatto della diminuzione di valore di cosa altrui senza guastarne la sostanza (L. 27, §§ 20-22, Digesto 9, 2) produce l'azione per la legge Aquilia: per la qual cosa noi possiamo benissimo estenderne l'efficacia, per applicazione di principio, a tutte le ipotesi, di qualsivoglia specie, in cui risulta essersi comunque diminuito il valore della cosa altrui, o del fondo altrui in modo particolare. Senza dubbio il negato o l'esagerato esercizio di una servitù prediale producono, rispettivamente, una diminuzione nel valore del fondo dominante o nel valore del fondo serviente: diminuzione *iniuria*, ossia fuori e contro il diritto. E, se si tratta di fatto colposo di una delle parti, per il quale si trovi appropriata la sanzione della legge Aquilia, non ci deve tornar difficile nè strana l'applicazione di questa legge di riparazione e di risarcimento, anche in materia di servitù prediale, come la troviamo applicabile in tutti gli altri casi. Ma in diritto romano abbiamo anche delle azioni speciali di danneggiamento. L'*actio de pauperie*, colla risorsa della *noxae deditio*, è data anche quando il danno cagionato dagli animali sia avvenuto in occasione dell'esercizio di una servitù, nella quale entrino gli animali stessi; ma in modo speciale, trattandosi di animali condotti sul fondo altrui per l'esercizio della servitù di pascolo, si concede l'*actio de pastu*, sempre col correttivo della *noxae deditio*. Nella l. 14, § 3, Dig. 19, 5, ULPIANO richiama da ARISTONE l'ipotesi di una tale azione desunta dalle dodici tavole: se dal tuo fondo cada della ghianda nel mio ed io la dia a pascere al mio gregge, non vi è un'azione legittima che possa sperimentarsi contro questo fatto, dappoichè non può agirsi *neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque (de) damno iniuriae (dato);* e perciò *in factum*

Digitized by Google

erit agendum, vale a dire coll'*actio praescriptis verbis*. A parte il testo della *Storia naturale* di PLINIO (XVIII, 3) relativo a quest'azione *de pastu pecoris*, PAOLO nel lib. 1° delle sue *Sententiae* (XV, 1) accenna all'*actio si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit*, facendola consistere nell'*actio in dominum, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat*, e riferendosi ad una *lex Pesolania de cane:* ma quest'*actio* a nostro modo di vedere non è la precisa *actio de pastu* o *de pastu pecoris;* dall'una all'altra vi corre quanto da un effetto generale (*pauperies* o *damnum*) ad una causa speciale (*pastus*). Non è infatti col solo pascere che un quadrupede o un armento può danneggiare il fondo altrui o i prodotti del fondo altrui. Per verità, di quest'azione *de pastu*, comechè attribuita alla legislazione decemvirale, noi non troviamo le traccie in alcuna delle dodici tavole; la testimonianza di ULPIANO d'altra parte, e quella di ARISTONE ch'egli richiama, sono sufficienti per rassicurarci sull'esistenza di una tale azione speciale, la quale forse fu istituita nelle antiche leggi romane in considerazione dell'importanza che aveva la pastorizia in quella società di gente priva quasi del tutto di altre risorse economiche.

Ora evidentemente, data una *servitus actus* o *pecoris ad aquam appulsus*, se le pecore, invece di transitare semplicemente o di fermarsi soltanto a bere, avessero anche danneggiato i campi consumando la vegetazione; ed anche se, avendo diritto di pascolare, avessero abusato di questo diritto oltre l'uso necessario o recando danno a suffrutici o a piante fruticose o ad arbusti, in questo caso evidentemente l'azione *de pastu* non sarebbe riuscita senza frutto. A nostro modo di vedere, non vi dev'essere difficoltà di applicare quest'azione *de pastu* anche all'ipotesi di una servitù arbitrariamente esercitata per mezzo del gregge o dell'armento. Se l'armento anche solo cammina o beve dove non dovrebbe, di solito si verifica non più che un fatto naturale: e cioè che esso pasce, essendo il pasto di questi animali, diremo così, continuo, secondo la maggiore o minore gustosità del cibo che la vegetazione dello spazio attraversato offre ad essi. Che un armento transiti per un terreno o vi si fermi a bere, senza pasturarne le erbe, quando vi sono e quando sono adatte al suo pasto,

Digitized by Google

non si può ottenere fuorchè con una speciale ed accurata sorveglianza; come non si può, senza la corrispondente sorveglianza, ottenere che l'armento stesso non sorpassi le piccole siepi divisorie o le staccionate poco fatte per recarsi nei campi del vicino: dappoichè i singoli individui del gregge o armento minuto di solito si tengono slegati, in modo che essi possono agevolmente abbandonarsi ai loro istinti vaganti. Evidentemente quest'*actio de pastu* è un'azione di danni, e nè più nè meno: tantochè essa ha per iscopo o di conseguire la *damni aestimatio* o la *datio noxae* del *quadrupes;* e sarebbe strano che, pur dandosi le *actiones legis Aquiliae*, non si volesse dare quest'azione specialissima e caratteristica, sol per qualche difficoltà tecnica che potrebbe e dovrebbe applicarsi alla stessa legge Aquilia. S'intende peraltro che, *electa una via, non datur recursus ad alteram;* e che quindi, allorchè per ottenere lo scopo del risarcimento dei danni la persona danneggiata nel suo fondo si appiglia all'uno o all'altro dei mezzi procedurali alla medesima accordati, tutti gli altri mezzi per raggiungere lo stesso scopo non sono più utili, neppure quando per avventura si possa riconoscere che taluno di essi è più specialmente e più tecnicamente adattato al caso della servitù prediale in genere o della servitù prediale di cui si tratta in ispecie. Scelta che sia l'azione di danneggiamento, vuolsi notare che il diritto a conseguire la rifazione del *damnum iniuria datum* non è menomato o reso meno efficace o meno intenso per il fatto che il proprietario del fondo dominante che reclama i danni abbia peccato a sua volta per difetto di custodia nel suo fondo o abbia posto delle chiuse di confine non del tutto sufficienti per vietare il transito al bestiame minuto: queste circostanze potranno servire ad attenuare, ma non a sopprimere la responsabilità del proprietario del fondo, al quale appartiene il bestiame da cui il danno provenne. E l'attenuazione sarà data soprattutto allorchè si tratta di animali che non erano sotto la custodia del proprietario ma di un suo guardiano, al momento in cui produssero il danno di cui si tratta. Il tutto però a seconda delle circostanze: e tenuto sempre presente che il danno può essere anche potenziale, ma con un sostrato di attualità la quale contenga in sè questa poten-

Digitized by Google

zialità e alla medesima si commisuri. Le pecore, a mo' di esempio, brucano le fronde nei rami di una vite o di altra pianta da frutto che sia tenuta bassa e vicino al suolo. Il valore delle fronde distrutte, nella *damni aestimatio*, per sè può essere insignificante; ma convien vedere quale e quanto danno le pecore abbiano prodotto, colla loro vorace azione sui rami, allo sviluppo futuro di tutta quanta la vite o pianta da frutto, quantunque un tal danno in tutta la sua estensione non venga subito sotto ai nostri sensi. In verità, se ben si vede, più che di un vero e proprio danno potenziale, si tratta di un danno reale, attuale, il quale non va commisurato coi soliti e semplici criteri della quantità attuale, ma che deve essere estimato in tutta la sua portata; quantunque in tale estimazione debbano necessariamente entrare dei criteri presuntivi e che si prestano ad una certa varietà di apprezzamenti. Ma questa difficoltà o sottigliezza di apprezzamenti, com'è naturale, non toglie nulla alla natura e all'esperibilità dell'azione di danni, o di una speciale azione di danni adattata al caso. Quando si tratta di danni che impediscono un maggior lucro o una maggiore utilizzazione del fondo, essi aumentano evidentemente per effetto di una diffida giudiziale o stragiudiziale. Così, a mo' d'esempio, se taluno esercita arbitrariamente sul fondo altrui la servitù di passaggio, il proprietario del fondo serviente, anche non ricevendone un danno diretto, può dolersi che per effetto di un tale esercizio arbitrario gli sia stato impedito di costituire una servitù di passaggio per lo stesso percorso in favore di un altro fondo, e quindi gli sia stato sottratto un lucro del quale egli chiede il risarcimento: ma per venire a questo deve veramente provare (prova del resto facile a risultare da una collusione o accordo fraudolento con un testimone compiacente) che veramente altri avrebbe avuto intenzione di entrare in trattative per acquistare quella servitù di passaggio, ma che non vi entrò sol perchè si vide prevenuto dal primo esercente abusivo del diritto alla medesima servitù. D'altra parte, di per sè stesso, quell'esercizio del passaggio arbitrario può anche non avere arrecato danno di sorta al proprietario del fondo che si vide ingiustamente sottoposto al servizio; perchè la terra non si consuma sotto

Digitized by Google

ai piedi dell'uomo, e perchè il sentiero fosse stato già tracciato per comodo dello stesso fondo serviente o del suo proprietario, e perchè l'esercizio della servitù abbia avuto luogo del tutto moderatamente, talchè non vi si sarebbe potuto trovar nulla a ridire qualora essa servitù fosse stata esercitata per titolo legittimo di costituzione sua. Ora queste regole generali di apprezzamento e di valutazione dei danni, in diritto romano e secondo la logica del buon senso, si presentano di applicazione agevole così nel caso del danno derivante da esercizio arbitrario delle servitù, come nell'ipotesi di ogni altro danno prodotto nell'esercizio di diritti reali o all'infuori dell'esercizio dei diritti reali; sebbene non sianvi dei testi espliciti relativi alle servitù prediali.

156. Ma nel diritto nostro vi sono azioni speciali di danneggiamento, delle quali noi possiamo valerci a proposito delle servitù prediali? Non se ne trovano. Secondo l'art. 1154 Cod. civile però il proprietario dell'animale è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito e sia fuggito: la quale disposizione può agevolmente applicarsi alla servitù di pascolo e al danno che facilmente da questa servitù può derivare, ma che sempre deve essere risarcibile coll'azione generale dei danni. Senonchè, a differenza dell'antica azione *de pauperie*, una tale azione ha perduto ogni traccia di realtà, inquantochè non è più ammesso che il proprietario dell'animale lo accordi *noxae* per salvarsi dall'obbligazione personale del risarcimento; e neppure abbiamo un'azione speciale corrispondente, anche soltanto per gli effetti obbligatori, a quella *de pastu*. Il danneggiamento, del quale noi abbiamo scoperto le traccie nell'esercizio di una servitù, non si traduce che nelle ordinarie azioni personali, senza che il concetto di servitù, neppure raffigurato genericamente dal punto di vista del rapporto reale, possa esercitarvi influenza di sorta. Quando si tratta di danneggiamento, secondo la semplificazione dommatica riconosciuta dalle codificazioni moderne, ogni rapporto reale scomparisce ed è come se non esistesse: il rapporto si traduce, anche se di origine mista, in esclusivamente personale; talchè appunto può dirsi che la circostanza dei danni redima

Digitized by Google

quasi e purifichi l'ibridità più o meno promiscua e la promiscuità più o meno ibrida del rapporto stesso considerato nelle sue origini e nella sua causa occasionale. E infatti, dal punto di vista logico, nel danneggiamento si ravvisa l'opera diretta dell'uomo, con maggiore o minor grado d'intensità a seconda dei casi; perchè il fatto dell'agente umano, o che si produca in forma positiva o che si produca in forma negativa, è esso solo e immediatamente la causa dei danni, nè i fondi che non hanno anima nè volontà nè movimento possono esser ritenuti come causa, bensì soltanto come occasioni e come mezzi, dei danni i quali diminuiscono un patrimonio ingiustamente e ingiustamente accrescono un altro patrimonio. In un solo caso noi vedemmo, a proposito delle servitù, il fatto dell'uomo tradotto in conseguenze reali e convertito quasi nei rapporti oggettivi da fondo a fondo: il caso della destinazione del padre di famiglia. Ma anche quì si trova una spiegazione, ed una spiegazione giusta; quella del fenomeno giuridico: ed è che la destinazione si rivela e si traduce sempre in una determinata attitudine dell'uno o dell'altro fondo o di entrambi i fondi posti reciprocamente in rapporto reale.

Ma il fatto dei danni anzitutto non lascia di solito traccie permanenti come il fatto della destinazione, e poi non dimostra una preordinazione del fondo ad un determinato scopo legalmente voluto da chi può disporne: esso è un fatto fuori della legge e che non deve lasciar traccie profonde sul diritto delle cose e solo ne lascia sul diritto delle persone, poichè sarebbe strano che all'abuso volesse e potesse darsi tanta importanza da ritenerlo fonte ed origine di diritti reali. Anche il danneggiamento prodotto dal nostro bestiame, nel diritto attuale, non assume nessun carattere di realtà; esso si mantiene sempre e caratteristicamente un rapporto personale. E neppure può dirsi che il risarcimento e l'azione pel risarcimento dei danni nel diritto nostro sia sorretta e guidata da criteri particolari che dipendano dalla natura del rapporto reale in genere e del rapporto di servitù in ispecie: solo può dirsi questo che, nella pendenza di un giudizio petitorio, la posizione di chi pretende il diritto di servitù prediale si presenta sempre come sfavorevole di fronte al com-

Digitized by Google

plesso dei diritti del proprietario del fondo serviente, e quindi, anche quando egli agisce di buona fede, o meglio senza intenzione di recare ingiuria all'altro proprietario, il semplice dubbio ch'egli abbia circa la legittimità del suo diritto lo costituisce responsabile di danni soggetti al risarcimento senza che egli possa addurre a propria attenuante il ritardo nel proprietario del fondo serviente nello sperimentare la sua azione negatoria o le violenze da quest'ultimo poste in essere per difendere materialmente il libero possesso e la libera proprietà del proprio fondo. Poichè la violenza del proprietario di un fondo, il quale difende materialmente la pienezza e la libertà del proprio diritto e dell'esercizio del proprio diritto sul fondo di cui ha la proprietà non è vera violenza in senso legale: egli, fino a che una pronunzia del magistrato non lo obbliga a riconoscere e a subire l'esistenza di un diritto reale frazionario, ha diritto di respingere colla violenza ogni altrui intromissione o pretesa di servitù sul proprio fondo, come se si trattasse di un'usurpazione; poichè vera usurpazione e violenza è. Non vi è sofisma di stupida e falsa equità che valga a combattere e a rovesciare il principio — *vim vi repellere licet* —: questo principio si fa strada, s'infiltra per ragioni di sicurezza sociale traducentesi nella sicurezza individuale; noi lo dobbiamo rispettare e non possiamo assolutamente ostacolarne l'applicazione. Il torto nella violenza è di chi comincia; e si può cominciare tanto colla violenza fisica quanto colla violenza morale, al modo stesso che tanto coll'una quanto coll'altra si può rispondere, senza che vi sia una misura precisa per valutare la rispondenza dell'una all'altra e la scusabilità della seconda violenza di fronte alla prima. La prima violenza è come la favilla di un grande incendio: e, quando è un'intrusione o un'usurpazione che la provoca, non ammette scusa; nè ammette scusa altresì quando sia costituita da una pretesa di diritto frazionario, inconscia della sua posizione eccezionale e del bisogno che ha di più valido fondamento nella legge e nella legalità. L'obbligazione personale dunque resiste alle svariate considerazioni che si possono fare nel senso di attenuare la responsabilità, nell'ipotesi di danneggiamento prodotto dall'esercizio arbitrario di un diritto di servitù o

Digitized by Google

d'impedimento dell'esercizio del diritto stesso: le relative azioni s'insinuano ed hanno corso indipendentemente da ogni considerazione speciale dovuta alla natura dell'istituto di cui si tratta, esse non presentano nulla di speciale nè dal lato della realità del rapporto nè dal lato della servitù prediale dalla quale esse hanno origine e dal cui esercizio o non-esercizio ebbe occasione il danno lamentato. Accanto poi all'azione di danneggiamento possono aver corso le azioni reali destinate alla tutela delle servitù e l'esito di queste, evidentemente, quando precede l'azione di danni, deve avere ed ha influenza effettiva in quest'azione come fondamento del merito della soluzione di ogni controversia proposta per la esclusione o la determinazione di danni della quale si tratta.

157. Dal contratto di costituzione della servitù sorge senza dubbio un'azione personale a favore di colui che per effetto del contratto ebbe appunto dall'altra parte la promessa dell'esercizio della servitù stessa: come può accordarsi un'azione testamentaria per la costituzione della servitù in adempimento d'una disposizione di ultima volontà. *Ex contractu*, anche per l'acquisto di una servitù, poteva sorgere l'*actio emti*, diretta allo scopo di ottenere la quasi-tradizione della servitù, o, quanto meno, che il proprietario del fondo serviente rimuovesse ogni ostacolo per l'esercizio della servitù sul fondo stesso. Quest'azione era tanto personale, che, alienato dal promittente la servitù il fondo su cui la servitù stessa avrebbe dovuto cadere, essa non poteva sperimentarsi contro il novello proprietario di questo, ma contro il promittente o costituente della servitù era data semplicemente quell'azione per la prestazione dell'interesse che si darebbe contro un promittente, il quale al momento della promessa non potesse più disporre del fondo sul quale la servitù prediale cade. Questa soluzione è logica e non può essere revocata in dubbio, perciocchè il contratto produce un'azione personale tra le persone vincolate per effetto di esso. Ma oggidì per costituire un diritto reale non vi è d'uopo nè di tradizione nè di quasi-tradizione: e perciò il diritto reale sorge unicamente dal contratto e per il contratto della sua costituzione: quindi una tale azione personale in ogni caso

Digitized by Google

può essere sostituita dall'azione reale, anche quando per avventura ciò non avesse potuto accadere per diritto romano. Or dunque, se noi abbiamo senz'altro la risorsa dell'azione reale (allorchè la servitù sia stata costituita da chi poteva, come proprietario, disporre del fondo serviente), evidentemente preferiremo di agire con questa anzichè coll'azione personale originante dal contratto: ma ciò non toglie che ci sia data anche l'azione personale diretta in ispecie al *quanti interest*, con intelligenza però che *electa una via non datur recursus ad alteram.*

La servitù poi si può ottenere per contratto sotto forme diverse: per compra-vendita, per cessione, per permuta; l'azione contrattuale sarà specializzata a seconda del contratto ch'è intervenuto per la costituzione della servitù, ma non cambierà mai l'indole sua di azione personale. Questa azione contrattuale potrà essere coordinata all'articolo 1165 Cod. civile allorchè si tratti di contratto bilaterale: e quindi non è escluso che, qualora sia possibile, l'esito di questo contratto, in difetto di un adempimento volontario da parte del costituente la servitù, si traduca in un adempimento forzato per effetto della pronunzia giudiziale, dalla quale appunto risulti la costituzione della servitù prediale di cui si tratta. Ordinariamente anzi, l'adempimento del contratto, ossia la costituzione della servitù prediale sul fondo che spetta in proprietà al promittente, sarà cosa possibile; perchè in pratica non si deve ammettere che un contratto bilaterale si fondi, da una delle parti, sopra un'obbligazione di cui fin dapprincipio risultasse impossibile l'adempimento coattivo. D'altra parte, di regola e normalmente, *servitus in faciendo consistere nequit;* per la qual cosa anche maggiormente risulta la possibilità normale che di un contratto di costituzione di servitù, sotto forma bilaterale, possa aversi adempimento forzoso senza compromettere il principio di diritto — *nemo ad factum cogi potest* —, da cui sorge l'ostacolo maggiore per l'adempimento coattivo delle obbligazioni. Altra cosa è se il fondo serviente ha bisogno di opere di adattamento, perchè su di esse possa essere esercitata la servitù: poichè allora queste opere di adattamento non possono obbligarsi al proprietario del fondo serviente, ed allora l'adempi-

Digitized by Google

mento dell'obbligazione di rendere possibile l'esercizio della servitù non può a sua volta conseguirsi per l'articolo 1165 Cod. civile. Ad ogni modo e in ogni caso, il risarcimento dei danni assiste sempre la parte che reclama l'adempimento della servitù; e questo risarcimento, quantunque tronchi di sana pianta ogni speranza di conseguire il diritto reale, tuttavia può compensare sempre a sufficienza colui a favore del cui fondo avrebbe dovuto costituirsi la servitù prediale. L'azione contrattuale è eminentemente personale, sta bene; ma dall'art. 1165 sorge un'azione, quasi diremmo, ultra-contrattuale o contrattuale *in rem*, la quale è chiaramente indicata sotto il magistero di un adempimento forzoso, che non può confondersi colla costituzione giudiziale della servitù per aggiudicazione; dappoichè nella nostra ipotesi la servitù è già costituita per contratto e la pronuncia del giudice non si presenta se non come un mezzo forzoso nello stadio esecutivo o risolutivo del contratto stesso, dovuto al consenso delle parti bilateralmente manifestato.

Digitized by Google

LIBRO QUINTO

CLASSIFICAZIONE

Bibliografia.

ARNÒ CARLO. — *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. contributo alla teoria delle servitù prediali;* Torino, Bocca, in-8°.

HÖLDER. — *Servitutes urbanae* (in *Archiv für Civilistische Praxis*, anno 1880).

MACHELARD. — *Distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales* (1868).

SERAFINI. — *Saggio d'interpretazione della l. « de alimentis vel cibariis legatis ». Delle servitù irregolari* (*Archivio giuridico*, vol. 18, p. 15).

TETI NICOLA. — *La servitù del protendimento dei rami nel fondo del vicino e del ricolto dei frutti è servitù continua ed apparente che dà diritto a prescrizione ed adito ad azione possessoria* (*La Legge*, 1880, III, 201).

Domandarsi anzitutto se una classificazione delle servitù prediali sia utile e pratica è cosa degna delle nostre ricerche; specialmente per la ragione, che l'abuso e lo sminuzzamento soverchio delle classificazioni talvolta può indurre a passi falsi o a sottigliezze scolastiche. Questo pericolo è costante e si accentua più o meno, secondochè l'interprete o il giureconsulto usa della classificazione con maggiore o minore sobrietà. Quanto è alla classificazione delle servitù prediali, ci sembra anzitutto che non si possa evitare per la molteplicità loro, sia nei limiti delle denominazioni tipiche fino ad ora adottate, come fuori di tali limiti ed anche per quelle servitù che non hanno un nome predeterminato ma che possono configurarsi in qualche speciale circostanza pratica o

Digitized by Google

per un complesso di circostanze che si appalesino sufficienti per il riconoscimento di una data servitù prediale.

Senza una o più classificazioni fondamentali in materia di servitù prediale spesso a noi potrebbe rendersi necessaria una soverchia fatica di orientamento per assegnare ad una data figura di servitù prediale taluni caratteri anzichè altri caratteri, ovvero per riconoscere nella servitù stessa talune conseguenze anzichè talune altre. La classificazione ci serve quasi come di guida perchè noi possiamo, se non altro per via di tentativi, assegnare intanto provvisoriamente ad una data specie di servitù il posto che alla medesima compete, o presso a poco: lo studio delle diversità tra l'individuo che abbiamo sotto agli occhi e la categoria più prossima alla quale esso appartiene ci conduce poi alla più precisa individuazione della servitù di cui si tratta; e così, grazie a più tentativi che si traducono in altrettanti raziocinî della nostra mente, noi giungiamo a trovare alla servitù stessa il posto che effettivamente ad essa compete. D'altra parte l'esagerazione del tipo di classificazione ci condurrebbe a sforzare, qualora ne volessimo abusare, le circostanze e i caratteri speciali della servitù, quale cade sotto agli occhi nostri, per vedere in essa quello che in essa non è e quello che a noi piace trovarci, per riposare tranquillamente sul guanciale di pigrizia che per buona fortuna la nostra dottrina giuridica ci offre.

Tra l'una tendenza e l'altra vi è modo di contenersi nel giusto mezzo: e questo studio ci conduce appunto all'esaurimento dell'analisi obbiettiva della servitù e della sua indole, prima di giungere alla classificazione della medesima in una delle categorie prestabilite. Oltre alla sua opportunità per l'orientamento dell'osservatore giurista nella denominazione e nella caratterizzazione della servitù prediale di cui si tratta, la classificazione delle servitù prediali è anche utile per cercare di popolarizzare e diffondere il linguaggio giuridico e nel gran pubblico misto di dotti e d'ignoranti, e in quella speciale categoria di persone, le quali, pur senza aver fatto studi giuridici, come gli ingegneri e gli agrimensori, tuttavia sovente si trovano a contatto con questioni od operazioni attinenti alle servitù prediali o alle medesime connesse. Queste

Digitized by Google

persone hanno perciò bisogno di norme generali e costanti da applicare; e, diremo quasi, di norme all'ingrosso e dotate di una tale elasticità, che l'empirismo giuridico di tecnici possa agevolmente farvi ricorso. Queste esigenze della pratica e della pratica non-giuridica noi, benchè siamo in materia giuridica, dobbiamo tuttavia rispettare: poichè non siamo noi che veniamo per tal guisa a subire le imposizioni di un empirismo straniero al nostro campo di studi e di esame, bensì è l'empirismo stesso che ricorre a noi per intendere qualche cosa delle nostre dottrine e delle nostre dimostrazioni. Ma non basta. Queste distinzioni non sono il prodotto della fantasia di noi moderni, ma viceversa ci sono state tramandate da una tradizione giurisprudenziale che noi non possiamo sconfessare e sono anche di utilità pratica, con ripercussione vera nella teoria e nel domma. Così la distinzione tra servitù affermative e negative ci conduce ad una esatta nozione o definizione del concetto stesso di servitù prediale, genericamente considerato; perchè in questa occasione noi abbiamo l'opportunità di misurare l'importanza e l'estensione del concetto negativo della servitù prediale e completarlo col positivo in un concetto unico, che sovente ci si rivela tale nella struttura del concetto di servitù.

La distinzione poi tra servitù continue e servitù discontinue riguarda tali modalità di esercizio, dalle quali noi non potremmo emanciparsi senza rinunziare ad uno dei mezzi più importanti di analisi che sono a nostra disposizione, tanto più che questa distinzione si ricollega direttamente all'opera dell'uomo e all'importanza che quest'opera ha nella determinazione del contenuto della servitù medesima. L'apparenza e la non-apparenza delle servitù sono poi dei criteri esteriori, i quali, soprattutto come tali, hanno certamente minore importanza degli altri che servono di base alle classificazioni precedenti; ma tuttavia una certa importanza hanno di fronte ai terzi, i quali, vedendo coi loro occhi l'esercizio d'una servitù prediale, acquistano di fronte ai fondi posti tra loro in rappporto di servitù e di fronte ai proprietari dei medesimi una tale posizione che li obbliga o li esime da certi obblighi speciali, oppure li ritiene vincolati più rigorosamente all'obbiettività della servitù, oppure anche rende possibile una

Digitized by Google

certa modalità di estinzione o di acquisto, o non la rende possibile, oppure si traduce e per lo meno si traduce nell'esercizio esteriore. Queste circostanze non sono, come si vede, indifferenti neppure esse per la teoria e per la pratica delle servitù, soprattutto in rapporto ai terzi: e noi vorremmo che non si abusasse specialmente di questa distinzione per non trarla fuori dei suoi confini e per non adattarla a certe posizioni giuridiche alle quali non può adattarsi o sulle quali non può influire. La distinzione infine tra servitù urbane e servitù rustiche, per quanto in sè stessa involga non pochi pericoli, tuttavia per la sua tradizionalità e perchè rimonta al diritto romano, ed anche perchè accenna ad un piano di sistemazione delle città e delle campagne, presenta come una rispondenza ad un interesse generale che vi fa capolino e che si ripercuote in ogni più remoto angolo di un territorio o di un agglomeramento di case: talchè, se una tale sistemazione è diversa per le città e per le campagne, sembra che lo stesso interesse pubblico reclami che si tenga conto di una tale diversità per assorgere ad una costruzione giuridica corrispondente a questa diversità e sufficiente a mantener ferma la diversità stessa. Le servitù rustiche poi, siccome prevalenti nella più remota antichità del diritto dei nostri padri coi *iura itinerum et aquarum*, ci sono pervenute, può dirsi, in forma tipica e con caratteri marcatissimi di individuazione; i quali noi seguendo, troviamo anche il vantaggio di fare in certo modo la storia tutta quanta del concetto di servitù e di trarre da questa storia tutto ciò che occorre per la costruzione dommatica della servitù prediale, considerata anche nella importanza sociale dei bisogni ai quali provvede.

Digitized by Google

TITOLO PRIMO

SERVITU' STABILITE PER FATTO DELL'UOMO

Bibliografia.

NICOLA C. — *Costituzione di servitù mediante corrispettivo, rinunzia o riscatto* (*Giornale notarile*, 1893, 452; da consultarsi in ordine specialmente all'applicazione delle tasse di registro).

TETI N. — *La servitù del protendimento dei rami nel fondo del vicino e del ricolto dei frutti è servitù continua ed apparente che dà diritto a prescrizione ed adito ad azione possessoria* (*La Legge*, 1880, III, 201, 209, 217).

VITALI V. — *Sulla clausola « esente da servitù passive » nelle vendite di fondi* (*Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 1893, 291).

Noi istituiamo una distinzione tra servitù stabilite per fatto dell'uomo e per questo fatto e in base ad esso classificate, e servitù che non sono state costituite per fatto dell'uomo, oppure che, anche se costituite dal fatto dell'uomo, non ripetono però da questo la ragione della classificazione loro. Il fatto dell'uomo è causa perchè una data servitù si presenti come continua anzichè come discontinua o viceversa, oppure come apparente o come non apparente, oppure come affermativa o come negativa; ma che una servitù si presenti come urbana anzichè come rustica, o viceversa, non è la conseguenza di una diretta e apposita determinazione della volontà umana, quanto piuttosto della natura delle cose e della posizione dei luoghi o di una sistemazione più generica e più universale di quella che può dipendere dalla volontà dell'uomo isolato. Più spiccatamente risalta la differenza tra le servitù stabilite per fatto dell'uomo e le cosiddette servitù legali, le quali

Digitized by Google

non hanno punto bisogno (direttamente almeno) del fatto dell'uomo, alla cui volontà isolata e immediata possono anche contraddire. Noi dimostreremo che i vincoli posti dalla legge alla proprietà non sono nè possono chiamarsi, se non abusivamente, servitù: nondimeno vogliamo porre in discussione anche questa denominazione, entrata nell'uso dei codici moderni e che difficilmente si potrà sradicare dalla giurisprudenza e dalla pratica del diritto. L'erroneità della conseguenza, che vi possano essere dei negozi giuridici indipendenti dalla volontà umana, non ha bisogno di dimostrazione: poichè è risaputo che non vi ha negozio giuridico dove non entri la volontà dell'uomo come elemento sostanziale e costitutivo. Che v'abbiano dei casi nei quali la volontà dell'uomo più diretta apparisce e dove esplica immediatamente l'influenza sua, mentre altri casi v'hanno nei quali la volontà e l'opera dell'uomo solo indirettamente o mediatamente appariscono, è senza dubbio da riconoscersi e da ammettersi: è da riconoscersi e da ammettersi come si riconoscono e si ammettono le graduazioni nei fatti dell'ordine giuridico, i quali in tanto sono graduabili, in quanto rientrano sotto la categoria ad essi attribuita, sia che si trovino in un punto o nell'altro della scala per la quale sono graduati. La volontà dell'uomo, traducendosi nella realtà dei rapporti su cose individue immobili, senza nessun riguardo al cambiamento nelle persone dei proprietari successivi e ulteriori, si presenta alla nostra mente in una luce pienissima; ed è analizzando la genesi e la direzione di questa volontà che noi possiamo riconoscere qualche differenza tra istituti giuridici sostanzialmente identici nel contenuto loro obbiettivo, o anzi per un medesimo istituto giuridico obbiettivo, considerandolo come riportato a volontà costitutive diverse, oppure ad una medesima volontà ma con diversi atteggiamenti. La determinazione della volontà umana diretta alla costituzione d'una servitù per l'interprete non rappresenta che un fatto, del quale egli deve prender nota semplicemente per attribuirgli quelle conseguenze giuridiche che ad esso vanno congiunte, fino a che non violi l'ordine pubblico.

Vi sono dei casi nei quali una dichiarazione di volontà costitutiva di servitù può violare l'ordine pubblico? Certa-

Digitized by Google

mente: guardisi, a mo' d'esempio, la materia delle acque. Allorchè uno o più proprietari di fondi convengono tra loro, a titolo oneroso o gratuito, di alterare la sostanza della sistemazione naturale delle acque, questa loro convenzione, unita ad altre della stessa specie, porta un tentativo di contraddizione sistematica e fondamentale all'ordine naturale. Una tale sistemazione, diffusa su larga scala, può portare senza dubbio danni considerevoli. Di solito uno o pochi di questi fatti isolati non arrecano danni o pericoli sensibili al pubblico interesse: e però sembrerebbe che non si dovesse provvedere ad impedire convenzioni di siffatta specie. Senonchè è ben naturale che non si debba aspettare che la lesione sia avvenuta per reprimere le lesioni ulteriori: e che perciò il potere pubblico debba e possa intervenir prima per infrenare con regolamenti, nei limiti bensì del necessario, la convenzione umana, acciocchè non possa concorrere a produrre un danno di cui poi non si potrebbe efficacemente rimediare alle conseguenze. Di qui la necessità del regolamento che il potere pubblico deve emanare a tutela degli interessi generali; comprendendo sotto il regolamento stesso non solo le disposizioni dirette ad infrenare le esorbitanze del diritto di proprietà, ma quelle altresì del diritto di servitù. I regolamenti di edilizia e quelli rurali sono forse dure necessità della vita sociale, ma non se ne può fare a meno del tutto; conviene peraltro restringerli nei limiti del puro necessario per non invadere inconsultamente la sfera della proprietà privata. Di questi regolamenti taluni possono essere generali ed estesi a tutto uno Stato: ed allora prendono più sovente il nome ed assumono l'importanza di leggi (tale, a mo' d'esempio, è la legge forestale per le limitazioni ch'essa impone all'esercizio del diritto di proprietà); mentre sono chiamate regolamenti le disposizioni che variano da luogo a luogo e che si applicano per competenza e di autorità delle Provincie e dei Comuni. Ma, quanto alla potestà regolamentare degli organi del potere sociale, noi dovremmo entrare nel campo del diritto pubblico per determinarne i limiti: mentre qui non possiamo che determinare i limiti del potere individuale nel costituire le servitù, coordinatamente e dipendentemente alle disposizioni d'ordine pubblico che noi presupponiamo emanate e

Digitized by Google

vigenti senza discuterne la legalità. Certo è che a queste disposizioni, appunto perchè e finchè d'ordine pubblico, la libera volontà delle parti non può derogare. Ma v'è un altro limite alla volontà dell'uomo: limite naturale, del tutto indipendente dalla sanzione delle leggi, quantunque sovente le leggi e i regolamenti in sostanza non facciano che riconoscerlo. Questo limite consiste nelle condizioni naturali dei luoghi, dei territori sui quali deve avere sua esplicazione la servitù.

Le condizioni dei luoghi, dei territori possono dalla volontà dell'uomo essere cambiate o modificate sino ad un certo punto, fino a che cioè l'alterazione di cui si tratta rimane circoscritta a quelle determinate località, senza ripercuotersi su intere zone di territorio, e cioè anche su quei terreni che nulla hanno da fare col rapporto di servitù prediale. Ma quando il rapporto di servitù espande i suoi effetti alterando su vasta scala un ordine prestabilito che si fonda sulle condizioni di natura, allora evidentemente il rapporto giuridico comincia a presentarsi come impossibile. Perchè appunto la volontà dell'uomo non deve contrariare, ma deve secondare l'opera della natura: ed anche allorchè modifica quest'opera adattandola ad una speciale destinazione di uno o più fondi, dev'esservi sempre una recondita ragione, la quale, prescindendo dalle apparenze del negozio giuridico, ci discuopra un altro aspetto della posizione di diritto e di fatto; cioè a dire un aspetto dal quale risulti che la volontà dell'uomo, sostanzialmente, ha secondato la natura e non l'ha contrariata che in apparenza e riguardata da un punto di vista del tutto unilaterale.

Digitized by Google

CAPO I.

Continue e discontinue.

158. Indole della distinzione. — 159. Se esistesse in diritto romano. — 160. La distinzione nella dottrina e nella legislazione moderna. — 161. Presunzione di tolleranza e di precario. — 162. Confutazione dell'opinione del Bianchi.

158. La distinzione tra servitù continue e discontinue non sembrerebbe davvero, come suol dirsi, una cosa dell'altro mondo, un *casus belli*, come la maggior parte degli scrittori hanno voluto o creduto presentarla: quindi più che altro è necessario portare in questa discussione molta calma e soprattutto desiderio di semplificare anzichè complicare la posizione giuridica. Anzitutto è inevitabile il ricondurre e riannodare la distinzione al concetto di *perpetua causa*, che si concluse coll'indicare quale una causa che agisce a tempo indeterminato, previamente almeno. Ma se la causa dev'essere di durata indeterminata, ne deriva che una distinzione tra una e altra specie di servitù in base alla durata per la quale la causa stessa si mantiene in azione, è impossibile: per la qual cosa il criterio della distinzione dev'essere diverso da quello che sembrerebbe risultare altrimenti. La continuità o meno della servitù riguarda l'uso e non la causa, evidentemente; poichè, se tutte le servitù debbono avere una causa perpetua, nel senso di attitudine naturale e permanente del fondo serviente a prestare la servitù, non tutte per questo sono fatte in modo da doversi esercitare senza interruzione tra un atto e l'altro del loro esercizio. Questo è giusto; ma il ritenere perciò che la cosiddetta *causa perpetua* fosse per diritto romano una *causa remota* essenziale e comune a tutte le servitù, e che accanto ad essa vi fosse una causa prossima dovuta al fatto dell'uomo, non sembra altrettanto esatto. Perciocchè la causa per la quale si dà vita alla servitù è una sola, ed è nella volontà delle parti per i loro calcoli particolari di utilità e di convenienza: la cosiddetta *causa perpetua* non è già nella volontà delle parti, ma è nell'essenza delle servitù come carattere distintivo di questo istituto dagli

Digitized by Google

altri che potrebbero essere adottati per sopperire a bisogni dei fondi, analoghi a quelli che rendono necessaria l'adozione dell'istituto delle servitù prediali, ma non precisamente identici ad essi. Le parti potranno a loro piacimento intendere e volere dar vita ad una servitù per conseguire un determinato scopo economico e patrimoniale; ma, qualunque voglia essere la volontà loro, l'istituto sarà caratterizzato dalle norme giuridiche superiori ad ogni azione di parte contraente: ed appunto il diritto in tal caso ci dice che non si tratta di servitù, se non quando vi è nel fondo serviente la naturale attitudine o disposizione a prestare la servitù in permanenza o per un tempo indeterminato e indeterminabile. Or dunque, accanto alla causa giuridica o che il diritto designa a caratterizzare l'istituto, vi è la causa volontaria del negozio, che serve come di spiegazione al determinarsi della volontà di chi dà vita e vitalità al negozio giuridico stesso: e questa ultima è la vera causa, determinante o movente essa sola, del negozio giuridico, considerato come risultante di atti volontari. E però la ricerca della causa del negozio, che noi appelliamo servitù, non ci può servire per giustificare il concetto di *causa perpetua* nelle servitù prediali: come pure il concetto di *causa perpetua* nelle servitù prediali non può sovvenirci per determinare la natura e la qualità della causa specifica che determinò a sua volta la costituzione di una data servitù. Sono dunque due ricerche del tutto indipendenti l'una dall'altra e che neppure esercitano scambievolmente influenza alcuna tra di loro.

Tra servitù continue e discontinue vi ha certamente una differenza quanto all'uso. Vi sono infatti delle servitù prediali il cui uso incombe permanente sul fondo serviente, ed altre servitù che solo ad intervalli presentano traccie esterne e sensibili del loro esercizio, con atti o fatti che non isfuggono all'osservazione esterna. Non è, per esempio, la stessa cosa che si tratti di servitù di appoggio (*servitus oneris ferendi*) o di servitù di passaggio. L'appoggio di un muro contro un altro muro o di una casa contro un'altra rimane visibile e appariscente a chiunque, nè se ne può sospendere l'esercizio, perchè la sospensione equivarrebbe a cessazione della servitù, con successiva ricostituzione. E non è già che

Digitized by Google

l'appoggio solo qualche volta o solo per volontà dell'uomo si manifesti con apparenza e realtà di esercizio continuo: poichè ciò accade invece sempre, grazie alla natura stessa della servitù di appoggio edilizio, che non ammetterebbe certamente un esercizio saltuario o interrotto. Altre specie di servitù, e quelle di via in ispecie, non comporterebbero d'altra parte un esercizio continuo, poichè non può supporsi che taluno passi continuamente, da mane a sera, di giorno e di notte, sul fondo dell'altro: sarebbe una cosa non comportabile colla natura umana, anche se più fossero gli utenti della servitù e se si dessero il cambio nell'uso della servitù medesima. Lo stesso dicasi della servitù di attingere acqua a mano: non può supporsi che il titolare o utente della servitù, da mane a sera altro non faccia fuorchè attingere acqua al pozzo del vicino: oltrechè il pozzo verrebbe a disseccarsi con grande facilità, accadrebbe altresì che il beneficio della servitù attiva si convertirebbe assai facilmente in un pregiudizio o in un danno considerevole, o forse in una specie di *servitus faciendi*, che il diritto non comporterebbe ed anzi dovrebbe escludere. Dunque una distinzione, riguardo all'uso dell'uomo, non può non ammettersi: e una cosiffatta distinzione fu assai acconciamente intuita fino da ACCURSIO (1) e spiegata empiricamente da BARTOLO (2), al quale di solito se ne riconduce la paternità.

Quest'ultimo propone una regola, che a suo modo di vedere deve riuscire infallibile. Siccome, egli dice, l'uomo non può ripetere di continuo una data specie di operazioni, ne consegue che, quante volte per l'uso della servitù (3) si richiede il fatto dell'uomo, la servitù è necessariamente discontinua, non essendo possibile che l'uomo operi di continuo: se invece non si richiede il fatto dell'uomo, allora la servitù ha una causa continua o quasi-continua. BARTOLO adopera dunque le espressioni *caussa continua vel quasi* e *caussa non continua:* nel

(1) *Glossa ad l. 14*, Dig. 8, 1.

(2) *Commentaria*, ed. Venetiis, 1602, vol. VII, pag. 111 bis.

(3) Il principe dei commentatori parla di *usus servitutis*, ossia riguarda non già nella sua essenza, ma nell'esercizio, la servitù stessa: nè si sarebbe potuto fare diversamente.

Digitized by Google

che consiste la sorgente dell'equivoco tra la *caussa perpetua* ch'è propria di tutte le servitù prediali e la *caussa continua* che è propria soltanto di talune tra di esse. Non già che l'equivoco sia stato preso dallo stesso BARTOLO, ma l'espressione bartolista ha concorso all'equivoco posteriore della dottrina: nessuno certamente obbligava BARTOLO od altri ad applicare l'aggettivo della continuità o della discontinuità alla causa, anzichè all'uso o all'esercizio della servitù, ovvero alla servitù stessa, senz'altro. Del resto, CINO DA PISTOIA (1) aveva dato il buon esempio di distinguere le servitù in continue e discontinue non per la causa, ma per l'uso loro: il quale esempio, se fosse stato seguito, e di buona volontà, dai commentatori dei testi romani, avrebbe senza dubbio condotto sulla buona strada la dottrina posteriore ed avrebbe evitato inutili e in gran parte ingiuste recriminazioni.

Si disse essere stata colpa di BARTOLO lo aver convertito la nozione della servitù dall'oggetto nel soggetto del suo esercizio, e lo aver sostituito al concetto della perpetuità della causa quello della continuità del servizio. Ma forsechè la continuità o meno dell'esercizio d'una servitù non è dessa una parte del contenuto della servitù, e quasi l'oggetto operante di essa? Nell'esercizio della servitù si rivela, è vero, il soggetto della servitù stessa; ma gli atti nei quali quel l'esercizio si traduce sono atti che rivelano e, anzi, rappresentano esteriormente l'oggetto della servitù: talchè, mentre certamente partono dal soggetto, esplicandosi al di fuori, divengono il vero contenuto pratico, e quindi l'oggetto utile vero dell'istituto giuridico di cui si tratta. Tutti i diritti il cui contenuto è un potere fisico su di una o più cose si esplicano e si traducono in atti; talchè, fino a quando restano in potenza, hanno un soggetto e un oggetto bensì, ma sempre nominalmente e in termini astratti. Anzi, è noto che i diritti patrimoniali, il cui esercizio si esplica normalmente in certi determinati atti, non possono restarsene a lungo inoperosi, senza pericolo di finire: la stessa servitù prediale per mancanza d'esercizio dà luogo all'*usucapio libertatis* del fondo serviente, vale a dire cessa per una specie di atrofia giu-

(1) *Ad Cod.*, lib. III, tit. 33, pag. 175.

Digitized by Google

ridica derivante dalla ritorsione del non-uso a favore del fondo serviente stesso e contro il fondo dominante; come se costituisse un istituto speciale a beneficio del fondo serviente e del suo proprietario, mentre in effetto non è se non una funzione negativa dell'istituto stesso originario, vale a dire della servitù. Per quanto dunque è opportuno, è necessario che gli istituti giuridici si traducano in atti d'esercizio pratico, l'oggetto di tali servitù effettivamente consiste in questi atti che ne rivelano l'importanza e la portata economica. Non sembra dunque esatto il ritenere che BARTOLO abbia mutato la perpetuità della causa nella continuità del servizio: la perpetuità della causa restò per suo conto, mentre per suo conto funzionava la continuità o meno del servizio; trattandosi di due cose diverse, la cui reciproca derivazione non è provata da argomento alcuno. Aggiungasi che lo stesso giureconsulto altrove (1) ha mostrato di comprendere ed anzi ha raccomandato la distinzione tra causa continua ed uso continuo, applicandola alla *servitus itineris*, la quale è detta servitù perchè la cosa serviente è continua e non si estingue col tempo: non nuocendo a questa intelligenza la non-continuità dell'uso di essa servitù.

Peraltro in commento alla l. 28, Dig. 8, 2, il BARTOLO insiste sul concetto che la *servitus itineris* non ha *causa perpetua*, ma ciononostante è una servitù vera: la qual cosa appunto può aver fatto sorgere il dubbio che BARTOLO confondesse *causa perpetua* con uso continuo, non già giustificato la pretesa trasformazione dell'uno nell'altro concetto. Per la qual cosa noi amiamo meglio credere in una trascuranza o in un errore isolato del giureconsulto, anzichè in una confusione fatta di proposito, per effetto di una trasformazione di un concetto giuridico esatto e del suo tralignamento in un concetto inesatto. La *servitus itineris* non manca di *causa perpetua*, per quanto il fondo al quale è addossato il servigio o la prestazione dell'*iter* esiste indefinitivamente (non diremo eternamente, solo perchè il concetto di eternità ci sfugge come assoluto e perchè non vogliamo ingolfarci nelle discussioni sull'eternità della materia) e per la sua attitudine, illi-

(1) *Commentaria*, ed. di Venezia, 1602, tomo I, pag. 184.

Digitized by Google

mitata anch'essa quanto al tempo, a rendere quel servigio di cui si tratta, vale a dire il servigio di transito. Dal nostro punto di vista, dell'attitudine cioè del fondo a rendere o meno il servigio nel quale consiste la servitù, è certo che i caratteri della servitù continua non mancano nella *servitus itineris*, malgrado che l'esercizio della servitù stessa venga e sia fatto ad intervalli.

E glossatori e commentatori tennero proposito di servitù quasi-continue, la cui categoria fu riprodotta in seguito nel trattato del CEPOLLA, il quale interpretò che bastasse l'*animus* per mantener viva una servitù personale anche nel periodo del non-esercizio della medesima, e che appunto questa fosse la spiegazione della sopravvivenza della servitù malgrado le interruzioni negli atti costituenti l'esercizio di essa: purchè, bene inteso, queste interruzioni non raggiungano la durata e non presentino l'importanza d'una vera e propria prescrizione. Questa riflessione noi vogliamo applicare anche alle servitù prediali; dappoichè la discontinuità si concilia colla esistenza della servitù non prescritta, appunto per la ragione che, seguendo la natura della servitù stessa, il proprietario del fondo dominante non esercita i suoi atti se non interpolatamente, e tra un atto e l'altro non abbandona mai la scienza e la coscienza del proprio diritto. È vana la preoccupazione che invase la mente di quei giureconsulti, i quali per la discontinuità delle servitù prediali ravvisarono una difficoltà nel fatto della mancanza di *animus* (stante la mancanza di personalità fisica) nel fondo dominante, considerato come il soggetto della servitù. È facile vedere che gli atti d'esercizio della servitù prediale non sono certo compiti dal fondo dominante sul fondo serviente, ma occorre una persona umana dotata di volontà operativa, ossia di quella volontà che deve tradursi e si traduce esteriormente in atti aventi efficacia giuridica: e, posto questo, non si può dare importanza di sorta all'argomentazione che trova una differenza da un tale punto di vista tra le servitù prediali e le personali. La servitù è continua o discontinua quanto all'uso che se ne fa, perchè la continuità o discontinuità dell'uso non è cosa che possa dissimularsi, nè è cosa che influisca solo mediocremente nella caratterizzazione dei diritti: l'eser-

Digitized by Google

cizio di un diritto essendo la forma esteriore e apparente che assume quel diritto agli occhi dei terzi che osservano queste manifestazioni legittime e però palesi, non nascoste, dell'attività umana. Del resto la continuità o meno nell'esercizio della servitù ha o almeno può avere importanza per il regolamento dei periodi intermedi tra un atto d'esercizio e l'altro e per la determinazione precisa della natura del rapporto giuridico che si tratta di esaminare. Ed anche trattandosi di organizzare la struttura dell'istituto giuridico, è necessario aver riguardo alle funzioni di tali periodi intermedi tra un atto e l'altro di esercizio: senza di che la nozione dell'istituto, limitata ai soli periodi di attività, resterebbe necessariamente incompleta e parziale. E poi l'istituto della servitù prediale discontinua non si può determinare giuridicamente in forma perfetta se non tenendo conto delle interruzioni e rendendosi ragione della loro esistenza e necessità, di fronte alla distinzione dalle servitù prediali continue, le quali presentano un fenomeno di esercizio o di uso permanente. Questa distinzione non manca della sua importanza pratica; perchè, ad ogni modo, si tratta sempre di una manifestazione esteriore del rapporto di servitù, che non può dissimularsi nè lasciarsi passare sotto silenzio, tanto essa apparisce a tutta prima rilevante e davvero fenomenale. Non si dirà che la distinzione, essendo stata messa in voga dai pratici, risponda a criteri empirici anzichè a veri e propri criteri scientifici meritevoli di approvazione e di accoglimento; perciocchè il diritto scaturisca dal fatto e non possa mai ritenersi inutile o superflua una posizione giuridica che risponde a dati di fatto veri e importantissimi tanto dal punto di vista dei soggetti quanto dal punto di vista del contenuto.

159. Ma si domanda con insistenza se la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue esistesse in diritto romano. La l. 14, Dig. 8, 1, ci porta un frammento dei libri sabiniani di Paolo, in cui questo giureconsulto esclude l'usucapione delle servitù rustiche *quia tales sunt ut non habeant certam continuamque possessionem;* osservando a tal riguardo che *nemo tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo*

Digitized by Google

momento possessio eius interpellari videatur. La servitù di *iter* è dunque giustamente presentata come caso tipico d'*interpellatio possessionis;* e il concetto di continuità è applicato al possesso, non già alla servitù. Noi invece di possesso faremo meglio a leggere quasi-possesso del diritto. Ma qui è d'uopo ritenere che PAOLO parli piuttosto di manifestazione esteriore del possesso e anzi di uso o esercizio della servitù, in quanto questo esercizio traducendosi in atti esterni corrisponde quanto alle servitù a ciò che forma l'esteriorità del possesso in ordine alla proprietà. Ma la differenza tra gli atti esterni che formano il contenuto della proprietà e quelli che rappresentano l'esercizio della servitù consiste in ciò, che alla proprietà normalmente corrisponde un possesso, le cui manifestazioni esteriori collimano con quelle normali della proprietà; mentre al diritto di servitù corrisponde un esercizio che nulla ha che fare col quasi-possesso delle servitù, che non è se non una finzione dovuta all'analogia dettata dal comodo delle costruzioni giuridiche e corrisponde ad una finzione anzichè alla realtà pratica. Il giureconsulto, parlando qui di possesso continuo, non ha inteso dunque di alludere ad altro fuorchè all'esercizio continuo della servitù; al modo stesso che, trattandosi della proprietà, sovente il possesso si scambia cogli atti materiali che lo rappresentano esteriormente come contenuto della detenzione colla relativa fisica disponibilità. Quando il giureconsulto contrappone le servitù prediali rustiche *quae non habent certam continuamque possessionem* alle urbane *quae habent certam continuamque possessionem*, senza dubbio non intende affermare l'attitudine possessoria passiva, continua talora e discontinua altrimenti, delle servitù dal punto di vista fisico; ma intende soltanto dichiarare che gli atti esterni in un caso si susseguono senza interruzione e nell'altro debbono necessariamente subire questa interruzione. La constatazione del fatto non compromette punto la distinzione delle servitù in continue o discontinue o in qualsiasi altro modo, nè in alcun modo sposta la loro costruzione sulle basi del possesso che si possa dire continuo o discontinuo: il fatto anzi, in cui più propriamente si traduce e si risolve ciò che a prima vista (stando alle parole del giureconsulto) sembrerebbe un fenomeno di

Digitized by Google

possesso, rappresenta nè più nè meno che una continuità o discontinuità di esercizio, dalla quale pur dipende in parte la struttura pratica della servitù. Se del resto PAOLO avesse avuto intenzione di trarre da questa *certa continuaque possessio* delle conseguenze rigorose in materia possessoria, avrebbe proseguito il discorso su questo tono sempre in materia possessoria e allo scopo di derivarne qualche cosa di concreto in materia di costruzione possessoria o quasi-possessoria delle servitù: egli invece resta sempre, anche nell'esempio da lui addotto, limitato al campo degli atti d'esercizio e alle conseguenze che se ne possano dedurre in riguardo all'usucapione delle servitù e non alla classificazione di esse. La l. 1, § 23, Dig. 39, 3, e la l. 2 pr., *eod. loc.*, nonchè la l. 3, § 4, Dig. 43, 20, non parlano del resto nè di servitù continua nè di servitù discontinua, ma di lungo uso, di *vetustas*, di *origo quae excessit memoriam;* e lo stesso frammento di PAOLO sopra citato (L. 14, Dig. 8, 1) certamente intende riferirsi ai motivi dell'abolizione fatta dalla legge Scribonia dell'usucapione della servitù.

Dunque non è azzardato il concludere che, formalmente almeno, la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue non era punto conosciuta in diritto romano e che è stata introdotta poi per le necessità dell'applicazione pratica della nuova prescrizione, surrogata all'antica *usucapio:* a quest'uopo era pur necessario discutere se tutte le servitù fossero prescrittibili, anche le discontinue. Ma a parecchi la distinzione tra le due categorie di servitù apparve ingiusta, inopportuna, condannabile: e, per testimonianza del DONELLO e dell'OTTONE, il LONGOVALLIO sarebbe stato il primo a combattere la distinzione tradizionale, aggiungendosi a lui posteriormente una caterva di altri giureconsulti, tra i quali il CONNANO (1) accusò l'antica distinzione come trovata con maggior fatica che ingegno. Questo giureconsulto anzi pretese di dare una spiegazione pratica della prescrizione delle servitù: secondo lui la *praescriptio longi temporis* non è già un mezzo d'acquisto del diritto alla servitù, bensì costituisce semplicemente una presunzione *iuris tantum* che colui il

(1) *Commentaria iuris civilis*, lib. IV, cap. XII, § 11; Lugduni 1566.

Digitized by Google

quale da tanto tempo esercita quel diritto ne sia legittimamente il titolare. Ma il CONNANO, con questo suo scambiare della prescrizione colla presunzione, non fa sostanzialmente che sbagliare strada: perchè appunto tutte le prescrizioni rispondono ad una certa presunzione di legittimità, la quale è anzi l'unica vera base logica e giuridica di ogni presunzione. Il rispetto al lungo esercizio di un diritto o di una facoltà giuridica, il timore di produrre spostamenti gravi e più dannosi degli stessi pretesi abusi di chi invoca a proprio favore la prescrizione, il desiderio di diminuire le liti: sono tutte cause che hanno concorso sempre e concorrono ancora alla giustificazione dell'istituto del tempo considerato come fattore principale nell'acquisto dei diritti; ed oltre a questo vi è anche una forte e sincera credenza che veramente colui che da tanto tempo gode l'esercizio di un diritto, legalmente e secondo ragione lo eserciti. Chi volesse sostituire all'usucapione o quel rispetto, o quel timore, o quel desiderio, o questa stessa credenza ovvero presunzione, non farebbe che cadere in altrettante vane e riprovevolissime petizioni di principio; poichè infatti non verrebbe ad altro se non a sostituire all'istituto giuridico, effetto, i moventi o le cause o le giustificazioni di esso istituto. Forsechè, ricorrendo alla costruzione della presunzione, si salva con questo la possibilità d'una prova contraria; mentre, ammettendo l'usucapione come modo di acquisto della servitù, si rinunzia implicitamente ad ammettere, anche sotto altra forma, questi mezzi per combatterla? In sostanza, si tratterebbe di esaminare questi mezzi di eliminazione della presunzione del diritto alla servitù che si è esercitata per sì lungo tempo. Essi potrebbero consistere nella dimostrazione di qualche vizio nel quasi-possesso del diritto, e segnatamente di quei vizi di violenza, di clandestinità, di precarietà che possono infirmare anche l'usucapione di per sè stessa: e allora tanto vale ricorrere alla dimostrazione dei vizi del possesso o quasi-possesso nell'usucapione, quanto vale combattere cogli stessi argomenti la presunzione di legittimità di un diritto esercitato da lungo tempo. La differenza non è che di forma, e, al più, di procedura; sostanzialmente la cosa è la stessa e la conclusione non cambia: oltre a che va osservato come la presunzione

Digitized by Google

non sia se non un mezzo di prova per giungere alla dimostrazione dell'esistenza di qualche istituto giuridico, nel caso nostro dell'esistenza della servitù usucapita; ma non già deve ritenersi che la presunzione di legittimità conduca direttamente alla servitù senza passare attraverso alla spiegazione dell'usucapione, dell'*usus*, dal quale sorge la *capio* o acquisto della servitù medesima. È bene evidente che, se la presunzione è la base dell'usucapione, quest'ultima è la causa dell'acquisto della servitù; poichè l'istituto dell'usucapione si forma inevitabilmente per il fatto dell'uso e allorchè concorrano quei determinati requisiti che costituiscono, presi insieme, un mezzo speciale quanto eccezionale d'acquisto dei diritti in generale e dei patrimoniali in ispecie. D'altra parte, non è tanto una presunzione *iuris tantum*, quanto la nobilitazione dell'uso legittimo, che rende degno di considerazione e di consacrazione giuridica l'istituto dell'usucapione e ne consiglia il riconoscimento giuridico per sostituire la mancanza di mezzi d'acquisto ordinari e più diretti.

La discussione sull'esattezza e sull'opportunità pratica della distinzione tra servitù continue e discontinue fu sostenuta alacremente dal DONELLO (1). Egli dice che la prescrizione si applica a tutte le servitù, senza distinzione tra continue e discontinue e adduce la l. ult., Cod. 7, 33, la l. 1 in fin., Dig. 39, 3, la l. 10, Dig. 8, 5, la l. 5, § 3, Dig. 43, 19, la l. 3, § 13, Dig. 43, 19. ULPIANO dichiara che anche nelle servitù (dice servitù in generale) il lungo uso, combinato colla mancanza di vizi nel possesso, è un mezzo di costituzione; che per continuo uso e lungo quasi-possesso può acquistarsi lo *ius aquae ducendae;* che dal lungo possesso (*quod diu usus est servitute*) sorge la prerogativa dell'interdetto *de itinere actuque privato*, nelle due specie formulate dalla l. 3 suddetta. Dunque, si vuol concludere, l'usucapione è un mezzo d'acquisto di tutte le servitù, siano continue o discontinue: e quale infatti meno continua della *servitus itineris* e *aquae ductus?* Si contrappongono le ll. 14, Dig. 8, 1; 28, Dig. 8, 2; 3, § 4, Dig. 43, 20: la prima esclude l'usucapione delle servitù rustiche, la seconda dice che tutte le servitù

(1) *Comment. de iure civili*, lib. XI, cap. XI (*Opera omnia*, tomo III).

Digitized by Google

prediali hanno la *perpetua causa*, la terza richiede l'immemoriale per l'*aquaeductus* (di fronte alla prescrizione ordinaria della l. 10, Dig. 8, 2): eppure l'acquedotto è servitù continua. Le stesse servitù continue sarebbero imprescrittibili; dunque a maggior ragione dovrebbero esser tali le discontinue: quindi, o per la prescrittibilità o per la imprescrittibilità, la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue sarebbe inutile, erronea. Ma non è di questo che qui ci dobbiamo occupare, poichè vi è un capo nel presente lavoro che riguarda l'usucapione come modo d'acquisto delle servitù, e qui noi dobbiamo rimanere limitati soltanto all'esplicazione del concetto di continuità delle servitù. E riteniamo che, purchè si abbia sempre l'occhio accorto alla distinzione tra uso continuo e possesso continuo, non sia difficile lo intendersi: non ostando al concetto di un uso discontinuo la l. 3, § 11, Dig. 41, 2, che ammette il possesso continuo, *animo*, dei *saltus hiberni et aestivi* anche negli intervalli di tempo in cui li abbandoniamo, per la più volte da noi accennata ragione che possesso continuo è cosa ben diversa da uso continuo, e che la continuità o meno dell'uso è un fenomeno di prima evidenza, il quale non può sfuggire ad un'osservazione anche soltanto superficiale. La distinzione, che il FABRO (1) chiama prodotto esclusivo del lavorìo dei commenti (*commentitia*) e che il D'AVEZAN (2) ritiene un sogno fantastico, è pur di una verità e di un'evidenza da non potersi assolutamente negare, perchè risponde ad uno stato di fatto positivo e reale. Il CUIACIO e il POTHIER tuttavia colpirono la distinzione stessa del più eloquente silenzio, mostrandosi per tal modo convinti che essa non avesse fondamento in diritto. L'origine di questa distinzione neppur noi crediamo che fosse da un equivoco sulla perpetuità della causa, dappoichè la causa perpetua, riguardando il fondo serviente, non poteva avere nulla da fare col possesso o coll'esercizio della servitù, spettante al fondo dominante: ma riteniamo appunto non abbia potuto esser diversa dalla pura e semplice osservazione dei fatti.

---

(1) *Coniecturarum*, lib. XIX, cap. IX, § 13.
(2) *Servitutum liber, tract. de usuc. et praescr.*, cap. VII.

Digitized by Google

160. Anche recentemente si è tornato a combattere con vivacità una tale distinzione. Si disse che il progresso della scienza aveva ormai sfolgorato la immaginaria distinzione, ma che questa, fugata nel campo della dottrina, rimase nella pratica forense e trovasi anche oggi nelle vigenti legislazioni. Così l'art. 688 del Cod. napol. l'approvò, le leggi civili delle Due Sicilie l'adottarono all'art. 605; ed egualmente l'art. 276 del Codice del Canton Ticino, l'art. 638 del Codice sardo, al modo stesso che la presuppongono i paragrafi dei tit. 8 e 9 del Codice estense. Quale sia la spiegazione di questo favore accordato dalle legislazioni moderne ad una distinzione che si pretende battuta dalla scienza, tentarono indagarlo i dottori posteriormente, in ispecie quanto al diritto francese. Esaminando la legislazione dei paesi di diritto scritto in Francia, si trovò che in essi in generale prevaleva l'usucapione, mentre nei paesi di diritto consuetudinario prevaleva la necessità del titolo (*nulle servitude sans titre*), in armonia, a quanto pare, con un'ordinanza del 1495 di Carlo VIII. Ma di questi paesi di diritto consuetudinario taluni escludevano la prescrizione per ogni servitù, ed altri ammettevano la trentenaria solo quando contrapposta a una contraddizione, eccettuatine peraltro i luoghi vuoti e i terreni non chiusi; ed altri infine escludevano la prescrizione per le servitù urbane e l'ammettevano soltanto fuori delle città e nei sobborghi. Il Corpo legislativo in Francia si è trovato naturalmente perplesso tra queste varie consuetudini; ma finì per richiedere nelle servitù usucapibili i requisiti della continuità e dell'apparenza. Evidentemente, non ci è dato di ricercare con esattezza o anche soltanto con una certa probabilità di risultati parziali la ragione dello stabilirsi di queste consuetudini così disparate: argomento questo che sarebbe interessantissimo e di capitale importanza per determinare il procedimento evolutivo del concetto romano, che non voleva certamente giungere sino allo stabilimento di una distinzione tra servitù continue e servitù discontinue, poichè questa distinzione non si trova mai in nessun testo del *Corpus iuris* e conveniamo anche noi che non fosse voluta nè pensata dai giureconsulti classici di Roma. Certamente, l'origine del requisito di continuità insieme a quello

Digitized by Google

di apparenza, nelle servitù prediali romane può essere stata influenzata dalla glossa e dal commento: ma di questa influenza noi non possiamo determinare la quantità e i limiti; oltredichè è necessario che sin dapprincipio vogliamo circoscrivere considerevolmente le probabilità di una siffatta influenza, avuto riguardo alla grandissima distanza che correva tra i costumi dei popoli franchi e la vita del popolo romano: per la qual cosa, se nel loro diritto v'ha qualche parte che più risenta dell'indole spiccata del popolo, si può esser quasi certi che ivi non sia penetrata l'influenza della legislazione romana. Per vero, a questo riguardo, non risulta che il carattere speciale della razza e delle abitudini di quel popolo abbia potuto esercitare molta influenza, e neppure tanta influenza da potere escludere l'intromissione delle regole del diritto romano o del diritto su questo fondato dal lavorìo dei glossatori o dei commentatori. Certamente, l'influenza delle scuole italiane del diritto sulle consuetudini e sulla vita giuridica in generale del popolo franco non è stata approfondita all'infuori di quanto può nella storia del diritto risultare dallo studio di quelle leggi che da CARLOMAGNO e da altri furono emanate sotto l'influenza diretta del diritto romano o del diritto canonico, sfruttati per il concetto dell'unità imperiale, che visibilmente si manifesta attraverso i Capitolari. Ma tuttociò ch'è lavoro spontaneo e diretto dell'attività popolare, svoltosi ben più tardi di questa legislazione imperiale, sfugge senza dubbio all'influenza legislativa, diremo così, artificiale; e, se il concetto romano potè penetrarvi, è più naturale riscontrarvelo attraverso dottrine e responsi giurisprudenziali, anzichè attraverso disposizioni di legge positiva. Guardando le più interessanti di queste costumanze francesi locali, noi siamo non di rado meravigliati di trovarvi una impronta marcatissima di originalità, che poi si presentò con tale affermazione vitale presso le popolazioni latine, da imporsi talora e da penetrare pur negli istituti giuridici già regolati dalle leggi romane, oppure da far luogo a istituti giuridici nuovi e caratterizzati dall'impronta di una civiltà più giovane. Se le consuetudini debbono riferirsi a questa parte originale della vita giuridica franca, e fino a che ciò avviene, evidentemente torna inutile ogni ricerca dell'in-

Digitized by Google

fluenza romana su di esse e riesce più opportuna la ricerca inversa, vale a dire la ricerca della eventuale influenza esercitata da queste consuetudini sulla vita del diritto in Italia. Ora ci sembra che si debba applicare la regola dell'esclusione di ogni influenza del diritto romano e delle scuole del diritto italiano sulle consuetudini tutte affermanti la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue: e forse debba ritenersi in contrario la grande probabilità che queste consuetudini abbiano invece esercitato a loro volta un'influenza non lieve sulle scuole del diritto romano.

Gli autori francesi naturalmente ebbero cura di definire molto dettagliatamente le servitù continue, quasi-continue e discontinue. Valga per tutti il MERLIN, il quale nel suo *Répertoire* (1) si esprime nel modo seguente. Servitù continue (egli dice) sono quelle che hanno una causa in atto (*actuellement agissante*) e i cui effetti non subiscono interruzione nell'ordine abituale (*ordre ordinaire*) delle cose (quali le servitù *de saillie*, di veduta, *altius non tollendi*); quasi-continue sono quelle, la cui causa (o l'opera fatta per istabilirle) sussiste sempre, benchè l'effetto ne sia spesso interrotto (servitù *de gouttière, d'égout*, ecc.); discontinue quelle che non esigono alcuna opera durevole che ne lasci la traccia, anche quando non se ne usa, ma che anzi esigono l'opera dell'uomo per aver luogo (servitù *de puisage, de passage et d'abreuvoir*). Quanto alle servitù quasi-continue (egli aggiunge), la continuità della causa o dell'opera fatta per istabilirle, fa sì che assai sovente sono rapportate alle servitù continue; perchè, comunque a rigore tali non siano, tuttavia, sussistendo esse per loro stesse e senza bisogno di alcun fatto nuovo dopo lo stabilimento loro, non si può confonderle colle servitù, il cui esercizio non ha luogo se non allorquando colui al quale sono dovute ne manifesta l'esistenza con qualche fatto ad esse relativo.

Ma il MERLIN, dopo avere accennato a questa triplice distinzione e dopo averne precisato i termini, sente quasi un certo scrupolo di giurista e aggiunge che a tal riguardo nei libri vi è parecchia confusione: egli dice per vero nei «nostri»

(1) *Répertoire*, voc. *Servitudes*, § 8.

Digitized by Google

libri, ma assai probabilmente avrebbe fatto meglio a generalizzare sopprimendo il possessivo. A questa confusione, egli dice, talora concorrono le stesse leggi. Per esempio, il LALAURE mette nel numero delle servitù quasi-continue l'acquedotto, che CEPOLLA pone invece tra le continue; lo stesso LALAURE poi, in una medesima pagina, mette la servitù *de souffrir l'appui des poutres ou des solives* del vicino nel novero delle servitù continue e quasi-continue ad un tempo. Con questi pochi concetti il MERLIN ha terminato l'esame della distinzione, concludendo coll'osservare l'importanza della distinzione stessa in rapporto alla prescrizione delle servitù. Ma, evidentemente, egli si guarda bene dal determinare un qualsivoglia addentellato o punto di rassomiglianza col diritto romano; dappoichè appunto questo addentellato e questa rassomiglianza mancano e dove non sono non possono indursi forzatamente.

Nel Codice civile italiano la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue fu accolta ed ebbe importanza e per l'usucapione ed anche per la prescrizione estintiva delle servitù stesse; mentre il Codice stesso tace della distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche. Il passaggio del concetto di questa distinzione dal Codice francese nell'italiano sembrerebbe essersi dovuto compiere normalmente, senza sforzi, senza bisogno di trasformazioni o di giustificazioni ulteriori. Ma sembra invece che la dottrina, la quale ebbe il suo svolgimento separatamente dai Codici ma che li preparò e ne fornisce a noi la giustificazione, non sia stata da noi tale e quale come fu in Francia. Un mutamento sostanziale sembra invece esservisi prodotto: nel diritto consuetudinario francese si sarebbe fatto strada il concetto economico e sociale della presunta tolleranza e dei rapporti di buon vicinato, abbandonandosi in genere il concetto del possesso non continuo, quale senza intenzione era stato adombrato nel diritto romano; mentre nel diritto italiano codificato sarebbe nato da un concetto giuridico errato circa il possesso o il quasi-possesso delle servitù. Tuttavia non mancherebbe un certo nesso tra la spiegazione della dottrina francese e quella della dottrina italiana; poichè, dopo, il Codice francese, che con discussione di nuove ragioni fu messo a servizio della vecchia

Digitized by Google

distinzione come esisteva nelle costumanze le quali precedettero la unificazione legislativa, riprodusse ciò malgrado il concetto della impossibilità d'un possesso continuato. I compilatori del Codice Napoleone spiegarono che per essi nelle servitù discontinue o non apparenti si dovesse presumere il precario e l'esercizio *iure familiaritatis:* di qui le maggiori contrarietà a tradurre in diritto per il decorso del tempo quello che poteva essere l'effetto mero e semplice di un'amichevole condiscendenza, troppo lungamente protratta ed accentuata.

La stessa presunzione non esistendo per le servitù continue ed apparenti, dovere di coerenza impose, come nel Codice stesso fu accolto, che per questa specie di servitù si ammettesse la prescrizione acquisitiva. In altri termini, i compilatori del Codice napoleonico non avrebbero fatto che prendere dai pratici la presunzione tutto empirica che le servitù si dovessero ritenere effetto di amichevole condiscendenza, quante volte non si potesse addurre un titolo costitutivo delle medesime: prendere questa presunzione e limitarla alle servitù discontinue, per riguardo al cui esercizio la mancanza di un titolo costitutivo poteva sembrare fenomeno giuridico ancor più grave. Che questa limitazione i compilatori del Codice Napoleone facessero nella mente loro e traducessero nella distinzione mantenuta tra servitù continue e servitù discontinue, non sembra potersene dar carico ad essi: dappoichè l'affermazione del principio — *nulle servitude sans titre* — è troppo assoluta e col decorrer dei secoli sopra un dato ordinamento economico e giuridico territoriale si rende sempre maggiormente impossibile; come bene avvisarono i Romani preferendo in simili casi la conservazione e il rispetto dello stato attuale, quantunque in tutto o in parte abusivo, alla rigorosa indagine e valutazione di tutti quanti i titoli dei possessi e dei diritti patrimoniali inerenti ai fondi sì urbani che rustici, anche se quei diritti fossero soltanto frazionari della proprietà. Il principio si era svolto forse non tanto per timore degli abusi della famigliarità, quanto piuttosto per timore degli abusi feudali, che in Francia avevano avuto tutto il loro tempo di creare un ambiente fittizio e anti-giuridico, massimamente nelle campagne. Il Codice napo-

Digitized by Google

leonico trovò in Francia la feudalità già agli sgoccioli, poichè la rivoluzione francese le aveva dato l'ultimo tracollo, da Luigi XI in poi: e, se la feudalità era già irremissibilmente agli estremi, non v'era senza dubbio ragione alcuna per affermare nel campo dei rapporti giuridici l'importanza del titolo contro l'uso e da questo non surrogabile in modo di sorta. La caduta della consuetudine parigina la quale si considera come l'antesignana dell'influenza esclusiva attribuita al titolo, è senza dubbio sintomatica, ma si giustifica con ampie vedute pratiche; le quali, pur non disconoscendo il principio dell'importanza del titolo, limitano tuttavia una tale importanza ai casi in cui ragioni di giustizia e di equità sembrano consigliarne il riconoscimento. E quale altra fu l'opera dei giureconsulti romani, quando si trovarono di fronte a rigidi principî di gius civile non più adattabili alle condizioni attuali della vita pubblica e privata, se non quella di tener fermo il principio stesso, arrecandovi quelle restrizioni che la pratica additava? Se dunque la dottrina e la legislazione francese seguirono un metodo analogo a quello adottato dalla giurisprudenza romana per dirigere il progresso evolutivo del diritto, non sembra debba farsi carico ad esse di aver voluto introdurre una distinzione che del resto corrisponde alla posizione reale dei fatti quale apparisce da un'elementare osservazione esteriore. Una sola cosa si può cercare: se forse non sarebbe stato più opportuno e più logico per i legislatori francesi abbandonare quell'antica giustificazione, o per lo meno non mostrare di darvi importanza capitale, e piuttosto ricorrere alla giustificazione vera e sana, incontestabile e perfetta, desunta dall'osservazione di fatti inoppugnabili, quali si presentavano alla mente del giurista, persuaso di non potere altrimenti che dai fatti dedurre la vera misura delle sue teorie e delle sue costruzioni. Se una serie di fatti ci rivela in talune servitù un esercizio continuo ed in altre un esercizio discontinuo ed interrotto, come e perchè dissimulare questo diverso comportamento, questa diversa conformazione, ed evitare di trarne le conseguenze inevitabili nell'ordine dei quasi-possessi?

Che cosa si fece nella motivazione del Codice albertino? Trattandosi di introdurre pel passaggio non abusivo un'ec-

Digitized by Google

cezione al principio dell'imprescrittibilità delle servitù, l'articolo 645 di quel Codice fu giustificato da una motivazione, a quanto sembra, di opportunità locale: che cioè, dopo un periodo in cui il possesso non si ritenne adatto per fare acquistare una tale servitù, i vicini introdussero una benefica tolleranza nei rapporti reciproci; tolleranza che cesserebbe subito per dar luogo alla più strepitosa e rigorosa intolleranza, appena si fosse introdotta di nuovo la prescrizione come modo d'acquisto per le servitù discontinue. Quindi il passaggio, mentre di regola era imprescrittibile, era soltanto prescrittibile quando si provasse non essere stato l'effetto di alcun abuso. Ma quì sorge la domanda quando mai e in quali circostanze il quasi-possesso d'una servitù si fosse potuto considerare come non abusivo. Bastava perciò escludere i vizi della violenza, della clandestinità e del precario; oppure occorreva confortare l'asserzione del non-abuso mercè la produzione del titolo dal quale il quasi-possesso della servitù stessa si doveva considerare come originante? Senza dubbio, rispondere in un modo o nell'altro non è neppure alla lontana la stessa cosa; ma certamente un rapporto di familiarità colla facoltà di passare attraverso il fondo del vicino, anche solo entrando nell'ordine delle pretese giuridiche, per questo soltanto diventava abusivo: essendo indole del rapporto *familiaritatis caussa* quella di non prepararsi alcuna ragione di pretesa giuridica e di accontentarsi ed acchetarsi quante volte il legittimo proprietario del fondo ritiri senz'altro il permesso di passaggio attraverso il fondo stesso. Per essere dunque conseguenti alla loro motivazione, i compilatori del Codice civile albertino avrebbero dovuto escludere assolutamente ogni prescrizione anche del passaggio; perchè, ammettendo la prescrittibilità del solo passaggio non abusivo, si veniva già soltanto con questo a renderlo azionabile, vale a dire, senz'altro, diverso dal suo scopo. Il concetto ispiratore dei legislatori che compilarono il Codice albertino non sembra pertanto del tutto chiaro e netto, quale senza dubbio sarebbe a desiderarsi.

Nella preparazione del nostro Codice vigente, si formò una corrente contraria alla distinzione: ma il PISANELLI nelle discussioni parlamentari sorse a difendere potentemente

Digitized by Google

l'opportunità e la esattezza della distinzione medesima. Fu detto errore manifesto che pel nuovo Codice le servitù discontinue non potessero anch'esse acquistarsi, fosse pure col possesso immemorabile. Ma si rispose che nelle servitù discontinue non si riconosce il possesso, perchè gli atti col mezzo dei quali tali servitù si esercitano *hanno un carattere assolutamente equivoco, incerto e precario*, tanto da potersi interpretare come *atti succedentisi non per la coscienza d'un diritto, ma per mera tolleranza di colui i diritti del quale sarebbero da questi atti limitati.* L'eccezione a favore della prescrittibilità del passaggio non abusivo fu peraltro combattuta dal DEFORESTA, argomentando che si dovesse nell'interesse pubblico e sociale impedire che le proprietà fossero troppo facilmente sottoposte a vincoli che ne scemassero il valore e la potenza produttiva e ne rendessero malsicure e meno facili le trasmissioni oppure sottoponessero gli stabili quasi a vincoli occulti; aggiungendo ancora che, ammesso l'acquisto di una qualsiasi servitù discontinua per usucapione, con ciò solo sarebbe reso inutile l'istituto della trascrizione. Ben naturalmente il DEFORESTA, propugnando l'esclusione dell'usucapione per le servitù discontinue, veniva in via implicita ad ammetterla nelle continue: e le ragioni da lui svolte sono precisamente sullo stesso tono di quelle che poterono consigliare la distinzione stessa, per quanto vivamente censurata, dei compilatori del Codice Napoleone. Ma coloro i quali vorrebbero abolita la distinzione stessa incalzano, dichiarando di non comprendere come mai le sole servitù discontinue abbiano e presentino il marchio della precarietà e la presunzione della tolleranza, la continuità o discontinuità d'una servitù essendo tale sempre, oggettivamente, per la natura della servitù stessa e senza che per nulla v'influisca l'opera dell'uomo, che non può agire diversamente se non per intervalli sul fondo nel quale transita o in cui esercita un'altra qualsiasi delle servitù che suol riporsi nella categoria delle discontinue. Si dice che non convien confondere il caso in cui la prescrizione è esclusa perchè manca la materia prescrittibile, col caso in cui è esclusa la prescrizione perchè il possesso o il quasi-possesso è viziato: se il possesso non è legittimo ma equivoco, se sa di preca-

Digitized by Google

rietà, questo vizio basta ad impedire la prescrizione; e così pure, se gli atti distaccati di quel possesso sono compiti senza nesso tra di loro, sembra logico per ciò solo escludere la prescrizione senza ricorrere ad una distinzione nuova nel diritto e non autorizzata dai testi romani. Questo ragionamento fino ad un certo punto potrebbe anche correre se si trattasse di possesso vero e proprio e non di quasi-possesso, la cui semeiotica legale è alquanto diversa da quella del possesso. Poichè il quasi-possesso di un diritto non ha un contenuto indipendente dalle cose materiali e dall'esercizio del diritto stesso, che malgrado questa indipendenza sia tuttavia tangibile e valutabile dalla portata delle nostre sensazioni rivolte al mondo esterno, è d'uopo appunto convertire l'attenzione nostra dal quasi-possesso all'esercizio del diritto. Così facendo, ci accorgiamo che l'esercizio delle servitù in certi casi non può assolutamente essere continuo, ma deve interrompersi per naturale condizione delle cose e per la struttura dello stesso diritto di servitù.

L'art. 638 pr. e § 1 e 2, alinea, del Codice albertino, l'art. 494 del Codice parmense, l'art. 609 delle leggi civili delle Due Sicilie, l'art. 276 del Codice ticinese, l'art. 724 del Codice dei Paesi Bassi furono stereotipati sull'art. 688 del Codice Napoleone: presentavano come continue quelle servitù *il cui esercizio è o può essere continuato senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo*, e per discontinue quelle che *per essere esercitate richiedono un fatto attuale dell'uomo:* nè l'art. 617 del nostro Codice civile si emancipò in modo alcuno da questa nozione, ritenendo anch'esso il fatto dell'uomo come la pietra di paragone o il punto di confronto tra l'una e l'altra categoria di servitù, prescindendo da qualsivoglia altro riflesso; mentre nell'esercizio delle servitù il fatto dell'uomo da una parte non è che lo strumento o il mezzo dell'esercizio stesso, dall'altra ne costituisce come l'amminicolo o un elemento del tutto secondario. Per radicare convenientemente una distinzione tra servitù continue e discontinue è d'uopo soprattutto avvisare alla natura della servitù, la quale certamente si rivela a noi per l'esercizio che se ne fa, ma non deve però con siffatto esercizio confondersi, restando sempre il carattere sostanziale

Digitized by Google

desunto dalla sua natura e che non esorbita dai confini di questa stessa natura. Anche il ROMAGNOSI (1) si lasciò impressionare dall'importanza del fatto dell'uomo, dichiarando che la interrotta o non interrotta facoltà dell'esercizio sia il punto di distinzione tra le due categorie di servitù; senza determinare che questa interrotta o non interrotta facoltà di esercizio deriva sostanzialmente dal contenuto naturale della servitù stessa e non dalla mera facoltà di chi ne esercita. Questo è necessario osservare appunto: che, se il proprietario del fondo dominante nell'un caso può usare senza interruzione e nell'altro solo interpolatamente del beneficio della servitù, ciò non accade già perchè il suo arbitrio in ciò possa sovranamente e liberamente manifestarsi, ma perchè un tale esercizio è perfettamente consono alla struttura e alla natura della servitù di cui si tratta, considerata nei suoi elementi costitutivi, nell'orbita dei quali soltanto può aggirarsi l'attività dell'esercente, che non può pertanto emanciparsi da quei legami che sono inerenti al concetto e alla struttura dell'istituto giuridico patrimoniale di cui si tratta. Assai probabilmente quel gran giureconsulto col tacere della natura e della conformazione della servitù in rapporto allo esercizio di essa non avrà voluto neanche lontanamente accennare o sostenere che sia il fatto dell'uomo quello che ha importanza capitale per la classificazione della servitù: poichè troppo ci affida il suo acume e la sua profonda penetrazione nella materia giuridica.

Amiamo piuttosto confidare ch'egli abbia riposto assegnamento nella perspicacia del lettore, oppure che abbia ritenuto la discussione di questo punto non assolutamente necessaria alla sua trattazione. Quel che ci meraviglia infatti non è già che i contraddittori non vogliano tener conto della varia estrinsecazione dell'attività del proprietario del fondo serviente, quanto piuttosto che non siasi pensato da essi alla importanza grande che i fatti per loro stessi hanno, prescindendo da ogni considerazione delle facoltà dei subbietti. La specificazione dell'esercizio in un modo o nell'altro, presa

(1) *Opere*, vol. IV, parte 2ª, Firenze, stamperia Piatti, 1833. *Della condotta delle acque*, parte 1ª, pag. 200.

Digitized by Google

non già come effetto delle facoltà accordate al proprietario del fondo dominante, ma come elemento per sè autonomo e rivelatore di una speciale conformazione dell'istituto giuridico, non può assolutamente sfuggire alla mente dell'osservatore, che guarda i fatti così come sono nella loro concreta obbiettivazione e non manca di dare l'importanza che meritano alle circostanze essenziali e determinanti.

161. Ma le obbiezioni non dànno tregua. Si domanda perchè mai nelle servitù discontinue si debba presumere il precario e la tolleranza, come per le apparenti: se è la stessa natura delle servitù (si dice) quella che richiede l'opera dell'uomo, talchè di per sè non possano funzionare, ciò non significa che se ne usi senza la coscienza del diritto e solo per graziosa concessione. Dappoichè non vi è modo di mostrare la propria convinzione di agire con diritto, non si comprende davvero qual danno potrebbe esser cagionato all'esercente il diritto da questa stessa conformazione della servitù, che richiede l'esercizio non continuo: l'*animus* del soggetto esercente non avendo alcuna influenza sull'elemento oggettivo del diritto. La continuità dell'esercizio della servitù non può confondersi colla continuità del possesso della servitù medesima; e però, mantenendo distinta l'una cosa dall'altra, sembrerebbe che il vizio dell'appariscente scambio tra gli atti di esercizio d'una servitù discontinua e gli atti di mera tolleranza non dovesse per nulla influire sulla legittimità e sulla continuità del quasi-possesso della servitù. Che se per qualche vero vizio del possesso si crede di dovere escludere la servitù, ciò non accade già per mancanza di materia prescrittibile, ma per l'influenza di quei vizi che hanno la stessa importanza pratica così nel possesso in generale come nel quasi-possesso delle servitù. Se l'interruzione nell'esercizio della servitù è di tal natura da svelare un vizio nel possesso delle servitù stesse, allora questa interruzione potrà esser presa in considerazione appunto come vizio del possesso; ma, non perchè si tratta d'interruzione nell'esercizio, dovrà perciò necessariamente ed implicitamente inferirsene che sia esclusa la possibilità dell'usucapione. Questa conseguenza sembra addirittura un'enormità, un assurdo, consa-

Digitized by Google

crata dall'art. 630 del Codice civile: mentre d'altro canto gli effetti dell'inazione dell'esercente il diritto di servitù si rivelano solo nella distinzione tra servitù affermative e servitù negative, che sembra effettuata a bella posta appunto per calcolare gli effetti dell'opera dell'uomo, dove questa nelle servitù e per quanto si richiede, giusta la l. 6, Dig. 8, 1, e l'art. 667 Codice civile. E si fa anche osservare che le servitù discontinue, quantunque rispondenti ad un esercizio interrotto, sono tuttavia anch'esse capaci di possesso continuo quando rivestano i caratteri designati per la continuità del possesso, anche negli intervalli tra i vari atti d'esercizio del possesso stesso (1).

Pur non dissimulandoci la gravità di siffatte obbiezioni, ci sembra tuttavia che, col serbare sempre sulla materia la dovuta calma, non debbasi perdere un solo istante di mira che, per quanto di buona volontà e di solerzia l'esercente un diritto di servitù attiva sopra un fondo possa manifestare ed esplicare sul fondo stesso ch'è oggetto della sua attività giuridica, la natura stessa delle servitù discontinue si oppone a che un esercizio sul fondo serviente sia senza interruzione. Che la servitù, continua o discontinua, mentre da un canto, quando esercitata su fondi, rappresenta come un'emanazione o un raggio di riverbero della proprietà (e ne fanno fede le stesse azioni petitorie accordate ad essa); dall'altro canto è sempre quel certo non so che di odioso e di eccezionale da restringersi in termini ben limitati e precisi entro la sua sfera eccezionale. Quindi, mentre gli atti dell'esercizio della proprietà, anche se ad intervalli l'uno dall'altro, non ismentiscono tuttavia la natura del diritto ottimo massimo dal quale son mossi; gli atti dell'esercizio della servitù al contrario, principalmente quando discontinui l'uno dall'altro, rappresentano sempre qualche cosa di sospetto, non tanto per la precarietà presunta nel possesso, nè perchè si possano o si debbano scambiare con meri atti tollerati dal proprietario del fondo serviente, ma perchè per lo appunto il loro

(1) Coviello, *Della usucapione delle servitù prediali* (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. x), e Bianchi, *Servitù legali;* Lanciano 1888.

Digitized by Google

contenuto sempre più si allontana dal contenuto del petitorio e sempre più si lascia sfuggire quel pallido raggio di provenienza dal diritto di proprietà considerato nei rapporti sociali. Se è vero che le servitù, anche le vere e proprie servitù convenzionali, debbono essere considerate come tutta una cosa rispondente alla sistemazione generale della proprietà, si comprende benissimo come e quanto debba essere importante il distacco tra una servitù siffattamente lontana dalle manifestazioni della proprietà e dalla fonte della proprietà e una servitù la quale, rivelandosi attraverso un esercizio continuo, presenta una vera e propria affermazione petitoria della massima importanza. Non già che la servitù prediale discontinua debba essere sospettata come abusivamente penetrata o introdotta nell'elenco delle servitù; poichè, dal punto di vista economico, sono sempre gli interessi edilizi e gli agricoli che vi trovano rispondenza e soddisfazione, e, dal punto di vista giuridico, si tratta sempre di vincoli reali che legano tra loro due fondi più o meno vicini e compresi in una zona unica di sfruttamento o di utilizzazione. Le differenze esteriori poi si rivelano di fronte ai terzi, rendendo opportuna la distinzione tra servitù apparenti e non apparenti; ma anche tra le stesse parti direttamente impegnate nel rapporto giuridico diversa è la gravità, l'importanza e l'allarme per atti di esercizio continuo e per atti di esercizio discontinuo.

A questa diversa importanza degli atti, alla loro diversa efficacia risponde la maggior gravità della temporanea tolleranza da parte del proprietario serviente per le une e per le altre: dappoichè, per quanto, almeno nella loro negativa esplicazione, gli atti di mera tolleranza del proprietario di un fondo quasi sempre sfuggano alla determinazione e all'analisi della legge, tuttavia essi sono sempre fonte non sospetta nè eccezionabile di prescrizione, che il proprietario, per mantenere illeso il proprio diritto nella sua interezza, deve appunto saper misurare a seconda della conformazione giuridica del diritto che si viene maturando, a scapito della pienezza della sua disponibilità e utilizzazione sulla cosa. Ora un proprietario, entrato da poco nella proprietà di un fondo, se non è in grado di fornirsi informazioni sicure circa gli even-

Digitized by Google

tuali atti di tolleranza ammessi dal suo predecessore, sulla loro importanza, estensione e durata, certamente non è neppure in grado di misurare le conseguenze pratiche degli atti di tolleranza che si accinge a fare e il pregiudizio che questi atti a lui possono eventualmente recare. Nè egli si potrà mettere mai in grado di misurare una tale importanza con sicurezza assoluta e che vinca ogni titubanza: talchè, per essere più cauto, o dovrebbe del tutto rinunziare all'esercizio di ogni atto di tolleranza di questa specie, o dovrebbe per ciascuno di questi atti esigere dall'altra parte dichiarazioni in forma legale per rassicurarlo che questa stessa parte non compia atto alcuno diretto ad acquistare la servitù prediale che potrebbe corrispondere a quegli atti d'esercizio, i quali per ora verrebbero concessi a titolo di semplice tolleranza. Il che quanto di per sè sia contrario agli uffici tutti della vita civile, ognuno vede di per sè senz'altro; specialmente quando si tratta di rapporto tra confinanti che debbono cercare di esser tra loro sempre in buona armonia, allo scopo di evitare i danni palesi e latenti che derivar possono dall'irritazione reciproca dei loro animi.

Che appunto la legge dia il mezzo o la soluzione per la quale tali atti di tolleranza non producano conseguenze di sorta o almeno non producano conseguenze che eccedano la umana prevedibilità, non dovrà certamente apparire nè strano nè inopportuno; dappoichè per lo appunto una speciale disciplina in questo senso non fa certamente altro che rispondere a dati ed elementi di fatto di non poca importanza pratica anche per la conformazione giuridica dell'istituto. Gli atti di tolleranza suddetti non producono conseguenze appunto, quante volte in seguito ad essi non si va a incappare in alcuna perdita del diritto di proprietà pieno e illimitato sullo stabile o fondo sopra il quale cade l'atto di tolleranza: la assoluta impossibilità che simili atti di tolleranza possano quandochessia essere interpretati o indotti come atti d'esercizio del dominio fa sì che sia perfettamente libero e possibile al proprietario del fondo sul quale l'esercizio stesso cade, di tollerarvi qualsivoglia atto che si traduca in limitazione delle sue facoltà e che possa infirmare intimamente, profondamente queste facoltà stesse. Non è dunque tanto una

Digitized by Google

od altra presunzione di precarietà o d'imperfezione, che predomini questa materia e detti la misura giusta, la ragione specifica dell'essersi voluto o potuto escludere l'usucapione delle servitù discontinue; ma è piuttosto il fatto dell'aver voluto favorire gli uffici civili e i rapporti graziosi di buona vicinanza che altrimenti non avrebbero potuto trovar modo di esplicarsi, nè avrebbero potuto bandire le maggiori ragioni di diffidenza e di rifiuto. Quindi ben dice il BIANCHI (1) che la distinzione tra le due categorie di servitù non dipende nè *dalla durata più o meno protratta della servitù stessa*, nè *dalla continuità di funzione delle servitù*, e neppure *dalla continuità del possesso*, ma *dalla subordinazione dell'esercizio di esse al fatto attuale dell'uomo* e non *per effetto della disposizione dei luoghi*. Questo è evidente, ma è evidente altresì che il fatto dell'uomo, come più volte si è ricordato, agisce soltanto in coerenza colla natura delle servitù stesse e colla loro attitudine o meno all'esercizio interrotto. Una servitù di acquedotto può essere temporanea, e nonostante è continua; lo stillicidio e l'acquedotto sono continui quantunque agiscano soltanto a intervalli o con intermittenze; una servitù di passaggio può essere esercitata senza interruzioni sensibili e nonostante rimane la servitù discontinua che sarebbe, anche se gli atti di esercizio presentassero maggiori o più sensibili interruzioni; un acquedotto per usi agrari, benchè rappresenti una servitù continua, può tuttavia lasciarsi inoperoso durante un periodo d'irrigazione. Se dunque l'acquedotto temporaneo, intermittente, interrotto, non perde per ciò solo la sua qualità di servitù continua, argomenta sempre il BIANCHI, è segno che l'esercizio della servitù si confonde col fatto dell'uomo che appunto è a quell'esercizio rivolto. Per l'acquedotto ciò è evidente, perchè l'acquedotto, per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, cade nel novero delle servitù continue ed apparenti (art. 619 Codice civ.) per una ragione semplicissima: per la ragione che, essendovi dei manufatti col mezzo dei quali si pone in opera essa servitù, questi manufatti sono indizio di uno sfruttamento continuo del fondo serviente, sul quale consistono,

(1) Op. cit., pag. 239.

Digitized by Google

anche nei periodi d'intervallo tra una fase d'esercizio e l'altra, ossia nei periodi d'inazione. Nè ciò deve recar meraviglia: quei manufatti, per chi parte dal principio del fatto o dell'opera dell'uomo, rappresentano la costui attività che ha stampato orme indelebili sul fondo serviente; per chi parte dall'esame obbiettivo dei luoghi e del contenuto della servitù, rappresentano invece un dato materiale indispensabile all'essenza e alla conformazione della servitù stessa. Eliminata insomma quest'opera permanente dell'uomo, mancherebbe il mezzo per l'esercizio della servitù e la possibilità che la servitù stessa in un modo qualsiasi trovi il suo pratico adempimento. Quì non è l'opera dell'uomo che alza o chiude una bocca d'emissione, quella che dà la misura e la ragione della continuità della servitù, ma è la natura dell'opera dovuta al fatto dell'uomo nell'impianto e nella prima attivazione della servitù stessa e che colla sua immanenza è testimone, se non della presenza, certamente degli effetti che l'attività umana produce e delle traccie che lascia attraverso i tempi e nei vari luoghi dove si manifesta. Quanto alla *servitus itineris*, non si troverebbe poi tanto strano, in mancanza di una disposizione precisa di legge, di applicare per analogia l'art. 617, in omaggio ai principî generali sull'applicazione analogica delle leggi: comunque al Bianchi sembri abusiva una tale estensione analogica. Così la servitù di passaggio diverrebbe continua, manifestandosi permanentemente mediante una porta o una strada: il puro fatto dell'uomo non rivelerebbe che il nudo passaggio; per la servitù, dotata di vera e propria *causa perpetua*, occorrerebbe appunto l'opera permanente, immobilizzata dell'uomo, il quale può benissimo coll'attività sua attribuire alle cose delle quali si serve una od altra attitudine a seconda della destinazione che a quelle cose stesse intende imprimere in rapporto ai suoi bisogni e alle esigenze proprie patrimoniali.

Il Bianchi non approva neppure la nozione data nell'articolo 617 del Codice di servitù continue e discontinue, e che pone il fatto attuale dell'uomo come criterio per la contraddistinzione delle une dalle altre. Ma il fatto attuale dell'uomo si richiederà esso al momento di costituzione delle servitù, oppure anche volta per volta ad ogni singolo atto di eser-

Digitized by Google

cizio? — L'art. 617 del Codice per vero parla espressamente di *esercizio delle servitù;* però quanto alle continue non si richiede che l'esercizio ne sia effettivamente continuo, ma basta la possibilità di questo esercizio continuo senza la necessità di un fatto attuale dell'uomo. Così la servitù di acquedotto, per canale o altra opera visibile, è continua, perchè è o può essere esercitata continuamente senza un fatto attuale dell'uomo, nel senso che il fatto dell'uomo accompagni e costituisca un tale esercizio: e di vero il fatto dell'uomo dev'essere *attuale*, cioè contemporaneo all'esercizio di cui deve costituire il contenuto. Ma, se non vi è opera visibile o permanente, la servitù non è più continua, qualora l'acquedotto importi una presa a intervalli di tempo o per ruota di giorni o di ore: e, siccome questo è il caso normale (poichè non può supporsi una servitù a tempo indeterminato, importante un continuo esercizio nel senso che la presa di acqua si eseguisca senza interruzione), si deve dire senz'altro ch'è il manufatto d'impianto, il quale, consistendo in un'opera permanente, dà la vera indole della servitù continua. Un dubbio può sorgere: ed è che l'opera permanente si traduca nella *causa perpetua* nella quale si fa consistere la base di ogni servitù. Senonchè può rispondersi che, quantunque difficile, pur tuttavia è possibile che una servitù di acquedotto si trovi in regola colla sua causa perpetua e pur tuttavia non presenti manufatti che ne diano una traccia permanente: potrebbe l'acqua trovare od essersi scavato un letto conveniente pel passaggio da un fondo all'altro, potrebbe almeno in parte del suo percorso o nella prosecuzione di esso aver trovato il terreno adatto per correre e fecondare le campagne dominanti senza canale od opera alcuna visibile e permanente nello stesso fondo dominante. Può bastare un semplice brevissimo tubo di presa nel fondo serviente, perchè chi guarda soltanto nel fondo dominante non si accorga punto dell'opera dell'uomo, e anzi, vedendo provenir l'acqua per vie del tutto naturali, debba senz'altro escluderla: recandosi ad esplorare il fondo serviente poi l'osservatore può trovarsi in presenza di un tubo o cannone a destinazione equivoca, e che, considerato senz'altro nel luogo di presa d'acqua, possa rappresentare un'opera fatta unicamente nell'interesse e a

Digitized by Google

favore del fondo serviente per lo sfruttamento che di essa voglia o debba fare il proprietario del fondo serviente stesso e senza far supporre neppure alla lontana l'esistenza d'una servitù. Or questa servitù, che effettivamente manca di canale manufatto o di altro vero manufatto permanente e che trova l'opera dell'uomo magari soltanto in una piccola tegola che dapprincipio riceve e guida una semplice polla d'acqua, certamente non è la servitù di acquedotto che risponda ai voti dell'art. 619 del Cod. civile; ma nonostante non può dirsi mancare di quella causa perpetua, che non è altro se non l'effetto di una data destinazione o sfruttamento senza limitazione di tempo. Vi sono delle opere permanenti, ed allora non importa l'interruzione dell'esercizio; ma se non vi sono dei manufatti permanenti, è ben necessario che l'esercizio sia continuo. Tradotto praticamente, ciò significa che, se non vi sono manufatti od opere permanenti, la servitù di acquedotto di regola è discontinua, perchè non è concepibile che si derivi acqua inesauribilmente da un fondo per un tempo illimitato e senza interruzione: sarebbe un fenomeno questo profondamente contrario alla natura delle cose e alla naturale ben rapida esauribilità delle acque sorgive che non siano di tale importanza da formare un bacino fluviale. Or per la continuità della servitù o è necessario l'uso continuo o è necessaria la possibilità dell'uso continuo; e la possibilità dell'uso continuo chiara risulta per le opere manufatte permanenti, da cui apparisca un'evidente destinazione dell'uomo, la quale invece non si rileva da una semplice tegola la quale rivolga in un senso o nell'altro una polla o getto d'acqua e dia vita alla meglio ad una condotta di acque che per loro stesse si spingono nella direzione del fondo dominante, aiutate dalla naturale pendenza del suolo. Or qui non v'ha dubbio essere noi in presenza d'una servitù, assistita dalla sua conveniente causa perpetua: ma la servitù certamente non è continua, perchè l'esercizio può anche non essere continuo, a cagione di qualche lavoro o smuovimento del terreno inferiore alla tegola di presa, anche per la cultura normale della crosta del suolo del fondo serviente. Se invece vi fossero dei canali scavati nel sottosuolo e muniti di conveniente muratura o almeno dotati di tale

Digitized by Google

una stabilità che indubbiamente riveli la destinazione loro, in tal caso non sarebbe possibile deviare l'acqua o impedirne comunque il deflusso al fondo inferiore senza con ciò necessariamente manomettere i manufatti, ossia rendersi responsabile di azioni riprovate dalla legge.

162. Veniamo alle applicazioni, come sono intese dal BIANCHI, in base ai concetti che le servitù siano discontinue *solo quando il fatto dell'uomo ne accompagni l'esercizio in tutto il suo svolgimento, sicchè l'esercizio delle servitù stesse si esaurisca col fatto dell'uomo*, ovvero *allorchè il solo fatto dell'uomo sia fattore principale, quantunque secondato dall'opera della natura, dell'esercizio suddetto.* Egli ne deduce che le servitù di acquaio o di latrina sono continue col primo criterio e discontinue col secondo, mediante il quale ultimo si spiegherebbe specialmente la differenza tra la servitù di acquedotto e quella di acquaio o di latrina: condotto dal suo stesso ragionamento a scegliere tra l'uno e l'altro criterio, egli dà la preferenza al secondo, pur confessando che il primo è più assoluto, più rigoroso e più semplice. Noi riconosciamo che, in luogo di mettere a tortura le nostre convinzioni e a dura prova la nostra abnegazione scientifica fino al punto da prescegliere un criterio che ci apparisce inferiore o meno esatto di un altro criterio, al quale per ragioni più che altro di convenienza non possiamo fare adesione, meglio è per noi romperla addirittura con questi criteri unilaterali e vacillanti, e ricorrere senz'altro alla possibilità nuda e semplice dell'art. 617 Cod. civile, emancipandoci dall'effettività dell'esercizio, che non si richiede pure in materia schiettamente possessoria, anche perchè ne riescirebbe impossibile e assurdo un controllo rigoroso in pratica. La possibilità è circostanza giuridica e di fatto che non isfugge certamente al nostro esame e al nostro giudizio, purchè vogliamo scendere dalle nuvole, per così dire, e dedicarci all'esame e allo studio delle posizioni giuridiche derivanti dai fatti. Secondo noi, la possibilità dell'esercizio di cui nell'art. 617 è diretta proprio ad eliminare ogni difficoltà di applicazione, a salvare la generalità del principio, a rendere inutile una riforma legislativa che ci farebbe cadere forse in inconvenienti peggiori;

Digitized by Google

dappoichè, se la possibilità dell'esercizio rappresenta l'*ubi consistam*, è assolutamente vano ed assurdo andare in cerca di altre basi o di altri fondamenti. Nonostante s'invoca una riforma, che si dice fondata sulla dottrina del diritto romano: che cioè l'influenza della distinzione tra servitù continue e servitù discontinue debba ritenersi estesa soltanto all'estinzione delle servitù per non-uso, e non già all'acquisto delle servitù stesse così per destinazione del padre di famiglia come per usucapione. Del resto, neppure questa soddisfazione si può accordare al BIANCHI e a quanti la pensano come lui: la distinzione tra servitù continue e servitù discontinue, come vedemmo, non era nel diritto romano neppure agli effetti della prescrittibilità; poichè la giurisprudenza romana non sembra aver piuttosto gettato i germi di una tale distinzione anzichè constatato semplicemente un fenomeno possessorio, di cui poi i compilatori delle Pandette avrebbero fatto abusivamente tesoro per le disposizioni generali in materia di servitù. Nulla di sicuramente e indubbiamente classico essendoci in questa distinzione sistematica fatta agli effetti della teoria delle servitù, sembra a noi che sarebbe invece miglior vanto oggi rifare un po' di sana critica sulle frettolose regolazioni giustinianee. Che cos'è, pertanto, la servitù d'acquaio o di latrina (*eaux d'évier*), se non una servitù che offre la possibilità di un esercizio continuo senza il fatto dell'uomo, tale e quale come la servitù d'acquedotto, di stillicidio, di prospetto? Per noi è indifferente che il fatto attuale dell'uomo rappresenti il contenuto principale o secondario dell'esercizio della servitù; solo sembra influente il potersi ritenere che rappresenti o no un fattore necessario, come ritiene l'art. 617 Cod. civile. E, da questo punto di vista, tanto è servitù continua l'acquaio quanto l'acquedotto, avendo sempre riguardo, come è nello spirito di quell'articolo, al fatto dell'uomo come *attuale nel momento o nel periodo dell'esercizio* e non prima. In altri termini, il fatto dell'uomo deve accompagnare l'esercizio della servitù in tutto il suo percorso e costituirne un mezzo senza del quale la servitù stessa di cui si tratta non potrebbe esercitarsi. D'altra parte, non si sa scorgere necessità alcuna, per la quale la servitù di acquaio o di latrina debba proprio essenzialmente distin-

Digitized by Google

guersi da quella di acquedotto: la causa e le funzioni ci sembrano in sostanza essere sempre le medesime e medesime ci appariscono le circostanze caratteristiche determinanti. Le differenze di quantità o di gradi sfuggono alla valutazione giuridica e rientrano nei criteri tecnici dell'ingegneria e dell'idraulica. Nè alcuna difficoltà s'incontra col criterio del fatto attuale dell'uomo nell'esercizio della servitù, allorchè si tratta di servitù di passaggio, che non può esercitarsi senza un fatto attuale dell'uomo, il quale concorra alla formazione di essa e alla determinazione del suo contenuto; dappoichè non è possibile concepire il fatto del passaggio senza una o più persone che passino. Si dice persone, perchè gli animali hanno bisogno di essere condotti e il loro transito non rappresenterebbe un passaggio vero e proprio, ma un *actus*, quasi un trascinare di semoventi privi d'intelligenza e bisognevoli di assistenza e di custodia. Essendo pertanto il passaggio proprio dell'uomo, il fatto volontario dell'uomo è elemento essenziale della servitù: non possiamo neppure qui affermare la pericolosa idea che si tratti di elemento principale, dappoichè evidentemente, se invece di terreno praticabile si trovassero burroni e scoscendimenti enormi per il luogo da cui dovrebbe transitarsi, inutile sarebbe tutta la buona volontà dell'uomo, ma il transito non si potrebbe praticare almeno senza un nuovo e speciale adattamento di ponti o di terrapieni. Non facciamo dunque questione di elementi principali e di elementi secondari; contentiamoci di affermare che nelle servitù continue l'opera dell'uomo non è necessario ne accompagni l'esercizio, durante la esplicazione sua, nella attuazione delle facoltà che il diritto attivo di servitù conferisce.

Digitized by Google

CAPO II.

Apparenti e non apparenti.

163. Quando le servitù siano apparenti. — 164. Importanza attuale delle servitù apparenti. — 165. Differenza tra servitù apparenti e servitù continue. — 166. Costruzione del concetto dell'apparenza accanto a quello della continuità: testi romani.

163. Si dicono apparenti le servitù, allorchè il loro esercizio e la loro immanenza sulla cosa si manifesta palesemente a chiunque osservi la cosa dominante e la cosa serviente nei loro rapporti e nella funzione giuridica e pratica che le ravvicina. Evidentemente il porre una siffatta distinzione conduce già senz'altro a tener conto dell'interesse dei terzi, i quali veggono o possono vedere per la semplice curiosità del contraente che una cosa determinata soffre una menomazione e un'altra cosa determinata usufruisce un aumento corrispondente. L'apparenza della servitù riesce perfettamente inutile e inconcludente nei rapporti tra il fondo che domina e il fondo che serve e i proprietari rispettivi; dappoichè in questi rapporti la posizione giuridica sta non per sorpresa nè per tolleranza precaria, di regola, anche sotto l'impero della più grande discontinuità. Ma anche a riguardo dell'apparenza è facile sbrigliare la fantasia a concezioni assurde o per lo meno sovrabbondanti, prendendo a prestito dalla teoria del possesso legittimo il concetto della pubblicità, come se si trattasse di esercitare di fatto sopra una cosa quegli atti i quali solitamente rivelano l'esercizio del diritto ottimo massimo, ossia della proprietà.

Conviene tener per fermo che appunto uno dei principali criteri distintivi tra il possesso della cosa *more proprietatis* o *ad instar dominii* e il quasi-possesso di una servitù è questo, che il quasi-possesso della servitù non sempre necessariamente apparisce in quella piena luce che ci rivela la presenza del diritto completo ed eccellente e non di un semplice diritto frazionario: quindi non è che una vera indiscrezione fuor di proposito il rovistare se per le servitù concorrono

Digitized by Google

i requisiti della proprietà, quanto all'esercizio che rappresenta una manifestazione del possesso, o del quasi-possesso delle servitù medesime. Insomma, obbiettivamente, non è già inesatta l'affermazione che manchi il carattere pubblico nel quasi-possesso e nell'esercizio del diritto di servitù; ma una tale osservazione è fuori di luogo e non rivela quel tanto di opportunità che dal perfuntorio e dal vano ci trasporta nella vera e caratteristica costruzione d'un istituto giuridico. Ravvicinando tuttavia il concetto di apparenza a quello di continuità, possiamo dire che il concetto di apparenza predomina e quello di continuità può tradursi in aggettivo di apparenza: chi dice infatti *apparenza continua* dice tuttociò che conferisce alla piena istruzione e intelligenza dei terzi, i quali non possono certamente essere obbligati a sorvegliare di continuo il fondo servente, ma, com'è naturale, fanno tesoro di un'osservazione isolata o al più di osservazioni saltuarie senza legame nè distanza prefissa di tempo tra di loro. Allorquando potrà dirsi che la loro osservazione, comunque fatta, sulla cosa serviente, deve ad essi terzi avere intieramente svelato lo stato dei rapporti di servitù, si avrà la presunzione *iuris et de iure* che essi non ignorino, non debbano nè possano ignorare la presenza della servitù, o, se così vuolsi ravvicinare la teoria della servitù alla teoria del possesso, si avrà quella tale pubblicità che, rispetto alla manifestazione esterna della proprietà, costituisce l'indizio del possesso legittimo. S'intende che qui si parla di quei segni apparenti che attengono al regime patrimoniale o di sfruttamento così del fondo dominante come del serviente; dappoichè, se si trattasse di atti indifferenti, non potrebbero essere questi dati come base di una scienza da parte del terzo osservatore. Tuttavia riesce, a quanto pare, di ostacolo, che fra continuità del possesso e continuità della servitù vi sia tanto poco nesso, che anche delle servitù discontinue è dato possesso continuo; per la qual cosa l'apparenza della continuità del possesso non avrebbe che fare coll'apparenza nell'esercizio delle servitù. Naturalmente, anche qui ogni confusione od equivoco può venire dallo scambiare integralmente la materia del possesso corrispondente alla proprietà colla materia del quasi-possesso o dell'esercizio delle servitù.

Digitized by Google

Gli atti che costituiscono l'esercizio del possesso sono molteplici e svariati e l'*animus* serve come anello di congiunzione tra le varie manifestazioni del *corpus:* nelle servitù invece l'esercizio consta di atti determinati e caratteristici che differiscono da servitù a servitù e tra i quali l'elemento dell'*animus* non così agevolmente s'infiltra per rimpiazzare i vuoti e presentare per tal modo un'unità tutta sola. Questo è nella natura stessa degli istituti giuridici e non è punto una costruzione arbitraria o un'invenzione gratuita della dottrina: l'apparenza che non ci è necessaria ad una osservazione superficiale del possesso, può esserci necessaria ad un'osservazione superficiale del quasi-possesso della servitù. Si abbia presente, a mo' d'esempio, l'inquilino: egli è sulla cosa, la occupa, la tiene, ma non la possiede, perchè possessore n'è sempre il proprietario; *per inquilinos et servos nostros possidemus.* Quindi perchè il terzo osservatore possa conoscere chi è realmente il possessore del fondo, egli deve esaminare il titolo in forza del quale l'occupatore del fondo vi si trova installato: e allorchè avrà visto che si tratta di titolo locativo, deve concludere che dunque il possesso di quello stesso fondo deve trovarsi presso una persona diversa, e, nel caso nostro, presso la persona del proprietario. La servitù invece, ci sia permessa l'espressione, ha un'utilità presente ed attuale sulla cui base può e deve esplicarsi l'esercizio del diritto: il fatto stesso dello sfruttamento che per essa ha luogo dà la misura e il criterio esatto per la valutazione del diritto che si vede in esercizio, senza ricerca di elementi più complicati e difficili, ed anche senza quel corredo di ricerche intenzionali che apparisce indispensabile in materia possessoria. E appunto la necessità di provvedere a questa elementare osservazione e all'esattezza giuridica dei suoi rilievi ha potuto persuadere di poggiarsi sulla mancanza di clandestinità, esimendosi dall'esame della violenza e del precario, che invece sono tenuti in considerazione quando si tratta di possesso vero e proprio da determinarsi in forma negativa.

Osservasi che gli estremi del possesso, propriamente detto, hanno un carattere in tutto relativo: e che perciò (forse questa è la conclusione alla quale può mirarsi per il richiamo

Digitized by Google

a questo luogo delle nozioni sugli estremi del possesso legittimo) gli estremi dell'apparenza delle servitù possono avervi non poco nesso o relazione. Noi ripetiamo di non volerci qui ingolfare in questioni possessorie e di tenerci rigorosamente fedeli al fabbisogno per la trattazione delle servitù. Perchè ogni estraneo possa accorgersi ed aver conoscenza dello stato di servitù in cui si trova la cosa, è proprio necessario che lo stato di fatto in cui si estrinseca l'esercizio di una servitù siffatta sia visibile a chicchessia, diguisachè si stabilisca per la zona territoriale, alla quale i detti due fondi appartengono, una specie di notorietà sufficiente per evitare sorprese anche ai meno accorti. Il vicino infatti potrà sempre riconoscere che, durando un tale stato di fatto da più che trent'anni, vi subentri un vero e proprio stato di diritto corrispondente e il cui contenuto risponde senz'altro ad una servitù regolarmente costituita.

164. Quanto all'importanza delle servitù apparenti, secondo la legislazione che ci governa, noi troviamo il concetto negativo dell'apparenza come causa di garanzia per l'evizione: la quale evizione, essendo per lo appunto parziale siccome circoscritta all'oneramento portato dalla servitù, non è che parziale, vale a dire non è di per sè stessa e incondizionatamente generatrice degli effetti della condizione risolutiva. L'art. 1494 dice appunto che la servitù o le servitù debbono essere di tale entità da far presumere che il compratore, qualora ne fosse stato avvertito, non lo avrebbe comprato; su di che non è questione se non di mera e semplice interpretazione di volontà, poichè *presunzione di volontà* non è termine specifico nè forse esatto. Il legislatore ha il còmpito d'interpretare la volontà delle parti nel modo più confacente alla logica e all'interesse sociale; e questa sua interpretazione regge fino a che, senza contrastare a disposizioni di ordine pubblico, le parti non abbiano additata una volontà contraria per via diretta o indiretta. Or, data la rettitudine di una tale interpretazione, la legge mantiene nella sua ossatura fondamentale il concetto ispiratore dell'art. 1165 Codice civile, cambiando quello che deve mutarsi per la diversità della posizione giuridica.

Digitized by Google

La condizione risolutiva investe infatti l'integrità, il noc ciuolo del contratto, perchè attiene all'obbligazione assunta da una delle parti in giuoco di perfetto corrispettivo verso l'obbligazione assunta dall'altra parte in una stessa unità contrattuale: la servitù non investe (diciamo tanto per intenderci) che una mera e semplice qualità della cosa, ossia, per meglio esprimerci, una data o poche date qualità di sfruttamento della cosa serviente (1). Quindi, prima di tutto il compratore può scegliere tra il mantenimento e la dissoluzione del contratto, tale e quale come quando non ha luogo la condizione risolutiva: a meno che si tratti di servitù di così poco momento, da non potersi ragionevolmente ritenere che, quante volte il compratore ne fosse stato avvertito, egli non si sarebbe indotto all'acquisto. Però, anche nel caso in cui si tratti di servitù di poco momento, l'acquirente ha sempre sofferto una certa diminuzione di valore o di pregio nella cosa, o, meglio, nel fondo da lui acquistato: infatti, mentre lo riteneva libero e come libero lo ha acquistato, si è visto poi che esso non era libero, ma invece vincolato o gravato di una servitù, per quanto di poco momento. In tal caso è necessario armonizzare coi principî giuridici e rinfrancare il danno al compratore, nel senso che un'opportuna e provvida indennità lo compensi del vincolo che così affetta il suo fondo : mentre, allorchè si tratta di condizione risolutiva, per l'art. 1165 Codice civile, il risarcimento dei danni è dato in entrambi i casi, e cioè tanto nel caso in cui la parte adempiente preferisca obbligare la inadempiente allo adempimento, quanto nel caso in cui essa preferisca chiedere senz'altro lo scioglimento del contratto.

La differenza tra il contratto bilaterale in genere e la

(1) Un punto di ravvicinamento tra proprietà e servitù è il principio giuridico, vigente per diritto romano, che il rapporto di servitù non si estinguesse se non per la distruzione completa del fondo serviente (L. 20, § 2, Dig. 8, 2; l. 4, Dig. 8, 5); ma questa regola non deve trarci in inganno, dappoichè l'estinzione della servitù nella nostra ipotesi è dovuta a ragioni del tutto oggettive, vale a dire all'estinzione dell'oggetto della servitù stessa. L'aderenza della servitù al fondo serviente nelle varie trasformazioni ch'esso può subire altro non rappresenta e di altro non è effetto, senonchè dell'indole reale dell'istituto, il quale non può mai smentire sè stesso.

Digitized by Google

compra di fondo gravato dalla servitù in ciò soprattutto consiste, che l'inadempimento nel contratto bilaterale, da parte di uno dei contraenti, è sempre l'effetto della volontà di non fare, della scienza e della coscienza di non fare per l'adempimento del contratto stesso, da parte dell'inadempiente: mentre l'ignoranza del compratore circa le servitù non apparenti che gravano sul fondo non acquistato, tuttochè l'esistenza non ne sia palesata prima del contratto, e l'ignoranza del fatto sia teoricamente scusabile, si deve ritenere più o meno colposa, per questo che gli atti costitutivi di servitù prediale, ai sensi dell'art. 1932, n. 2, Cod. civ., debbono essere trascritti regolarmente e quindi i registri della trascrizione debbono poter rivelare a chi li consulta l'esistenza di quella data servitù che affetta il fondo venduto. L'indennità quindi dell'art. 1494 è diversa dal risarcimento dei danni dell'art. 1165 Cod. civ.; l'indennità, in caso di esistenza della servitù non apparente, serve a compensare il compratore della minorazione di valore del fondo per effetto del gravame della servitù stessa; mentre il risarcimento dei danni per il caso di condizione risolutiva è dato appunto anche per punire la mala fede o l'indolenza della parte inadempiente, la quale non ha voluto mettere ad effetto ciò che costituiva nè più nè meno che il suo debito contrattuale. Vero è bene che talvolta i requisiti della trascrizione non dànno lume sull'esistenza di servitù non apparenti; e ciò accade allorquando si tratta di servitù che è costituita senza titolo. Ma notisi che una tale specie di costituzione non è ammissibile allorchè si tratta di servitù non apparenti; dappoichè per le servitù che non si rivelano con atti esterni e che non hanno un esercizio continuo (continue ed apparenti, art. 629 e 630 Cod. civile) non è ammesso l'acquisto mercè prescrizione trentennale, ma solo mediante titolo. Resta a mettere d'accordo l'art. 1494 coll'art. 629 nel senso di spiegare come l'usucapione sia ammessa quale mezzo d'acquisto delle servitù continue ed apparenti, mentre la rescissione è data solo per l'esistenza di servitù non apparenti, oppure, invece della rescissione, l'indennità: perchè insomma il requisito della continuità non sia riprodotto a riguardo della rescissione o indennità.

Digitized by Google

La ragione non è difficile a scorgersi: l'acquirente di un fondo, o per scienza propria o per attestazione altrui, deve sapere se gravano servitù apparenti sul fondo ch'egli acquista; ogni sua trascuranza a questo riguardo sarebbe davvero imperdonabile, perciocchè, per quanto egli possa fondare la propria scienza diretta su di osservazioni saltuarie, tuttavia è logico supporre ch'egli, per le servitù apparenti a ricorso periodico, possa ricavare informazioni dai vicini che le veggono esercitarsi a loro tempo e nei periodi di ripetizione opportunamente fissati.

Secondo il nostro Codice pertanto il concetto di apparenza non è un concetto relativo alla maggiore o minore diligenza dell'osservatore; esso è un concetto che tende ad una regolarità assoluta ed uniforme, nel senso che è apparente tuttociò che si fa allo scoperto, alla luce del sole, *non clam:* perciocchè, se si ammettesse un' apparenza relativa a seconda del tempo e dell'agio che l'osservatore ha di vedere e di scoprire, mille scuse potrebbero trarsi in campo dall'interessato, mille pretesti per dimostrare ch'egli non ha potuto sapere o che non ha saputo senz'altro dell'esistenza della servitù, perchè questa non è apparsa o non poteva apparire a lui nè per le sue ispezioni sopra luogo nè per la consultazione delle tavole di trascrizione, le quali, finchè si tratta di servitù discontinue, rimangono mute. La nostra legge ha voluto maggiormente tutelare colui che può soffrire lo stabilimento d'una servitù sul proprio fondo, allo scopo di evitare ogni sorpresa poco gradita alla proprietà legittima e fiduciosa del vicino, e tutelare meno l'acquirente che *curiosus esse debet*, ecc. La curiosità del proprietario per conservare i proprî diritti sulla cosa goduta e tenuta sotto la propria sfera d'influenza giuridica dev'essere minore della curiosità del compratore che non vuole conservare, ma vuole acquistare: diversa è la posizione giuridica, diversi sono i gradi di interessamento e di vigilanza. Oltre a ciò convien notare che l'art. 1494 Cod. civ. non esclude l'applicazione dell'articolo 1529 per la rescissione della vendita in caso di lesione per oltre la metà del giusto prezzo, anche quando la lesione provenga da una servitù apparente o continua: e che quasi sempre le servitù non apparenti sono anche discontinue e

Digitized by Google

anzi in tanto e per tanto non appariscono, in quanto e per quanto il loro esercizio si compie ad intervalli. La generalizzazione del concetto di apparenza, nel senso di visibilità generale, quasi fino al punto di rendere astratto un concetto la cui soverchia relatività ne frustrerebbe l'efficacia pratica, non toglie peraltro dal rigore della notorietà universale che deve accompagnare e determinare il concetto di apparenza in una determinazione più rigorosa di quanto si potrebbe ritenere se al requisito dell'apparenza fosse accoppiato pur quello della continuità dell'esercizio.

165. Ma pure tra servitù apparenti e servitù continue vi è differenza. Il COVIELLO ha molto approfondito questa differenza, dal punto di vista dell'usucapione: e, quantunque il suo scritto non possa oggimai annoverarsi più tra i recenti, molte delle sue osservazioni stanno e sono preziosissime per la dottrina e per la pratica. Vi sono delle servitù continue non apparenti, e queste si chiamano servitù negative, appunto perchè impediscono al proprietario l'esercizio di una facoltà che è inerente al diritto di proprietà; il vincolo esiste ed esplica la sua efficacia di momento in momento, ma non si vede perchè si concreta nell'inazione e non già nell'operazione. Le servitù discontinue sono tutte affermative, perchè consistono nell' esercizio di un diritto di sfruttamento del fondo, sul quale sono imposte: sfruttamento che si fa ad intervalli perchè la sua natura non comporterebbe la continuità. D'altro canto, le servitù affermative non sono tutte discontinue; ve ne sono anzi delle continue; nè le servitù continue sono tutte apparenti perchè non di rado possono essere dissimulate da manufatti d'impianto, i quali si ascondano abilmente all' occhio dell' osservatore in guisa da escludere quella vera notorietà ch'è la base di ogni prescrizione acquisitiva. Non basta: si può teoricamente ideare anche un contrasto tra il concetto di apparenza e quello di discontinuità, poichè i periodi d'interruzione della prescrizione acquisitiva possono non difficilmente scambiarsi cogli intervalli tra un atto e l'altro di esercizio, e così le doti di usucapibilità di una servitù apparente potrebbero essere frustrate dal non-uso, considerato come interruttivo di usucapione. Ed appunto

Digitized by Google

la difficoltà di una ricerca indaginosa, nel senso di vedere se il non-esercizio sia il prodotto dell'esercizio normale o dell'interruzione dell'esercizio, ha consigliato il legislatore a restringere l'efficacia dell'eccezionale surrogato alla regola del titolo in limiti pratici e modesti, comportabilmente coll'indole dell'istituto giuridico: meno pericoloso rivelandosi il togliere a qualche servitù anche molto apparente, sol perchè discontinua, il beneficio dell'acquisto per decorso di tempo, anzichè il considerare superficialmente come intervallo connaturale all'esercizio stesso discontinuo quel che invece potrebbe essere un vero e proprio segnale d'interruzione dell'usucapione. Ecco la ragione principale, per la quale la continuità è richiesta insieme all'apparenza per determinare i requisiti dell'usucapione: si vuole possedere la sicurezza assoluta, matematica che il paziente, nel vedere contro di sè esercitati atti di servitù, non li ritenga già come atti di mera tolleranza, ma sappia e voglia annettervi un significato utile nel senso dell'acquisto del gravame reale, sulla cui possibilità giuridica non deve fargli comodo l'addotta incoscienza dell'importanza degli atti sofferti, poichè l'ignoranza della legge non escusa. Data questa sicurezza, si può ammettere benissimo l'influenza della prescrizione acquisitiva per le servitù; la qual cosa è in perfetta armonia coi principî sulla usucapione e colle regole che disciplinano questo istituto giuridico.

Ma s'incontrano difficoltà sensibili, nei rapporti tra il carattere delle servitù, ossia la distinzione tra servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti, e i requisiti richiesti per l'esercizio dell'usucapione o per la richiesta del titolo. Per la retta interpretazione degli art. 630 e 631 si mossero controversie non indifferenti: e appunto la distinzione tra servitù apparenti e servitù non-apparenti si rivela utile e praticamente efficace a proposito della usucapione. Per la qual cosa è opportuno rimandare ogni ulteriore discussione a quel luogo, perchè la dottrina tutta possa ivi porsi nella miglior luce e svolgersi in modo possibilmente completo; senza di che qui si dovrebbe invadere troppo visibilmente il campo di quella teoria generale. Perchè, del resto, la distinzione tra servitù apparente e servitù non apparente si lumeggia da sè coi criteri del senso comune senza che vi sia d'uopo d'insistere

Digitized by Google

maggiormente; e l'applicazione sostanziale unica che se ne può fare riguarda appunto l'usucapione. L'unica cosa che si poteva fissare in teoria, a questo riguardo, era appunto l'entità assoluta o relativa del concetto di apparenza: se cioè l'apparenza dovesse o potesse essere una circostanza adattabile alle persone, oppure se dovesse appoggiarsi ad una certa notorietà diffusa o generale in modo, da non potersi dissimulare o smuovere con vani pretesti o con iscuse desunte da pretesa equivocità dei fatti sui quali l'osservazione cade.

166. Eppure non si vide in diritto romano il concetto di continuità della servitù, unito a quello dell'apparenza, influire per determinare l'usucapione delle servitù. Nelle vie vicinali (L. 2, Dig. 438) si ritenne l'arbitrio dei privati doversi escludere per sopprimerle, qualora da tempo immemorabile avessero esistito; e, circa le opere difensive contro l'acqua piovana, si ritennero fatte legittimamente, quante volte esistessero da tempo immemorabile, anche se originariamente avessero importato modificazione allo stato normale del fondo (L. 1, § 23, e 2 pr., Dig. 29, 3). Circa l'acquedotto, per la l. 3, § 4, Dig. 43, 20, e per la l. 26, Dig. 39, 3, l'immemorabile costituisce titolo di acquisto legittimo, o tenga il luogo di titolo o della stessa prescrizione ordinaria dei dieci o dei venti anni. La via, senza dubbio, è servitù discontinua, ma continue sono le opere di difesa contro l'acqua piovana, come continuo è l'acquedotto. Non era dunque il criterio della continuità quello che influiva sull'ammissibilità o meno della immemorabile, ma certo vi concorreva, e non indifferentemente, l'importanza del rapporto giuridico, avuto specialmente riguardo alla sistemazione territoriale della viabilità e delle acque: sistemazione che non interessa solo coloro ai quali per corrispondenza diretta si riferisce, ma interessa anche indirettamente, per lo meno, tutta quanta la zona o regione appartenente a quel dato sistema oro-idrografico di cui fanno parte o quella via o quelle opere o quell'acquedotto. Vi erano delle ragioni storiche, molto addentro nella disciplina della vicinanza e quindi in ragioni di ordine pubblico; le quali nello sviluppo della giurisprudenza classica devono avere influito decisivamente a far propendere l'equità

Digitized by Google

fuori di ogni causa o movente attribuibile alla struttura intima dell'istituto.

Questo stesso concetto pratico fece dire ai moderni commentatori che le sole servitù continue ed apparenti producano uno stabile aggravamento del fondo loro sottoposto; dappoichè nelle discontinue la libertà del fondo è menomata soltanto nei momenti in cui se ne effettua l'esercizio. Fin qui la costruzione dommatica può correre, rettificata bensì nel senso che vi possano essere delle servitù discontinue, la cui discontinuità di esercizio non derivi già dal patto ma dalla natura dell'esercizio stesso: permodochè la maggiore o minore frequenza degli atti d'esercizio le ravvicina o le allontana più o meno, a seconda del caso speciale, dal tipo di servitù continua. Non si tratta pertanto che di una gradazione quantitativa, fino al punto che, economicamente parlando, non è strano nè impossibile argomentare e venire alla conclusione che una servitù discontinua determinata possa avere un maggiore pregio o valore di altra determinata servitù continua, non solo per l'utilità subbiettiva che produce nel fondo dominante, ma altresì per l'oneramento di cui è colpito il fondo serviente per effetto dell'esercizio della servitù stessa. Ma, dove non possiamo seguire l'opinione di tali scrittori, è nel ritenere ch'essi fanno nelle servitù discontinue un tal quale carattere di precario improprio, per il quale sarebbe aperto l'àdito a presumere un sentimento di reciproca tolleranza malamente conciliabile col criterio della costruzione rigorosamente giuridica e positiva dell'istituto. Noi abbiamo già combattuto questo concetto; poichè riteniamo che una semplice tolleranza, del resto praticamente non riferibile che ad uno o pochi atti della vita giuridica dei patrimoni, non possa essere sul serio fonte di veri e propri istituti d'indole stabile e permanente.

Il concetto vero del precario è che taluno conceda ad altri l'esercizio di un dato diritto, traducentesi in uno o più atti esterni che si susseguono, con facoltà di ritirare a proprio arbitrio la concessione accordata sulle preghiere dell'altra parte. Ora è inutile il dire che tutta questa costruzione giuridica nel nostro caso non si ha; che nella servitù discontinua non appoggiata da titolo ma esercitata con atti esterni sufficienti,

Digitized by Google

i quali, lungi dal chiedere e attendere ogni volta (implicitamente od esplicitamente) il beneplacito del proprietario del fondo serviente, si contrappongono o si sovrappongono ai suoi atti ed alle sue facoltà, noi non possiamo ravvisare un fenomeno di precario o di mera tolleranza, ma dobbiamo ravvisare un fenomeno indipendente, con attitudine ad acquistare la sanzione del diritto e l'azionabilità.

Il precario, già per sè così poco degno che il diritto vi rivolga la sua attenzione, agli occhi del giurista non può essere nè proprio nè improprio: il precario è quello che è, per isfuggire fuori dal campo dell'attività giuridica. Esso non è un diritto, ma un rapporto del tutto officioso nella vita sociale. Come rapporto officioso, ossia dal punto di vista prettamente morale, potrà essere più o meno spontaneo, più o meno esteso, ma ad ogni modo, per quanti interessi possa coinvolgere, non rientrerà mai nella sfera giuridica, dove non è la sua sede e dove non vi sarà forza umana che possa ricondurvelo, sotto qualsivoglia aspetto abbiasi a considerarlo. Certamente noi non ci dobbiamo impressionare per la distanza degli atti di esercizio, distanza che produce la discontinuità della servitù e che per noi può costituire una difficoltà pratica nell'accertamento del contenuto e dell'esercizio della servitù stessa. Noi dobbiamo guardare alla natura dell'istituto in sè e riconoscerlo atto ad una formazione giuridica sul tipo di servitù: fatto questo per il caso singolo che ci si presenta, non ci resta altro fuorchè appunto plasmarlo a questa formazione giuridica ed applicargli tranquillamente le regole corrispondenti.

Il precario si potrà discutere allorchè tra l'uno e l'altro atto dell'esercizio della servitù passi un intervallo sufficiente alla prescrizione; ma allorchè la distanza tra un atto e l'altro, per quanto ne escluda la continuità fisica, non ne esclude però la continuità o il nesso giuridico, noi versiamo sempre in tema di servitù. L'inconveniente appunto e l'equivoco degli oppositori, in questa materia, consiste nel fatto di scambiare tra continuità fisica e continuità giuridica; quando invece il diritto ha un istituto ch'è rivelatore e causa di una vera discontinuità giuridica. È tuttavia da notarsi che la nostra distinzione tra servitù continue e servitù discontinue, restando

Digitized by Google

nel campo del diritto, si riferisce alla continuità o discontinuità fisica; ma sempre in quanto questa continuità e discontinuità rientrano sotto l'orbita del diritto, e non in quanto ne escono fuori non costituendo più il rapporto di servitù. E se il diritto deve far ricorso a questi caratteri fisici, è appunto perchè, quando un dato concetto è rientrato sotto l'orbita sua, esso deve completarsi anche dal punto di vista fisico: dappoichè è riconosciuto che il diritto non deve contrapporsi all'ordine di natura. Di precario dunque non può più parlarsi, dal momento che il negozio è stato ammesso a penetrare nell'orbita del diritto; ma di continuità o discontinuità possiamo sempre parlare, purchè teniamo fermo il concetto di servitù prediale, al quale ci ha condotto l'esame della posizione di fatto. Dopo ciò lo spettro del precario, proprio o improprio, non può venire più a turbare la tranquillità dei nostri studi e delle nostre ricerche, che hanno bisogno della massima stabilità. E, quanto all'apparenza delle servitù, si noti che una servitù può non essere apparente senza neppure offrire il dubbio che il relativo atto di esercizio sia il prodotto di una officiosità precaria. Certo, quando l'esercizio è apparente, la precarietà e l'officiosità sono più rare, ma pur sempre possibili, come nelle servitù continue. Per esempio io posso concedere al mio vicino che erige una fabbrica l'appoggio transitorio di un'armatura sulla mia casa: questo è un esercizio apparente e che, fintantochè dura, consta di atti in continuità; e pur tuttavia può essere una mera e semplice conseguenza di una concessione graziosa od officiosa, che io mi riservo di ritirare a mio piacere. Quì della servitù manca la causa perpetua, e si ha il precario; eppure i requisiti esterni o estrinseci della continuità e dell'apparenza non fanno mica difetto. Passiamo dal continuo al discontinno, dall'apparente al non-apparente; e noi potremo nel discontinuo e nel non-apparente riscontrare quei caratteri di servitù, ripercossi dalla causa perpetua, che noi non ravvisiamo nel continuo e nell'apparente. È sempre dunque la considerazione della causa, del movente del negozio che viene in campo: se il negozio non è ufficioso ed ha causa perpetua, esso assume importanza giuridica e costituisce un negozio di servitù prediale; se il negozio ha una causa tran-

Digitized by Google

sitoria ed è revocabile *ad libitum* del concedente, esso assume i caratteri del precario, indipendentemente da ogni discontinuità e non-apparenza. Su questo punto deve dunque convergere il nostro esame, e nel diritto attuale e nello stesso diritto romano, senza lasciarci sedurre dall'empirismo o dai pregiudizi della pratica.

Digitized by Google

CAPO III.

Affermative e negative.

167. Struttura delle servitù negative. — 168. Costruzione d'un quasi-possesso delle servitù. — 169. Interpretazione dei testi romani. — 170. Peculiarità dell'usucapione e del possesso di servitù negative.

167. Distinguonsi abitualmente le servitù anche in affermative e negative, seguendo le orme del diritto romano, ove la distinzione è certa, spiccata, e non s'induce per argomentazioni più o meno indirette. POMPONIO nella l. 15, § 1, Dig. 8, 1, ci spiega che la natura della servitù non è tale, che taluno faccia qualche cosa, come togliere dei giardini o fornire un prospetto più ameno, o dipingere nel proprio predio; ma bensì quella natura è tale che il proprietario del fondo serviente soffra o non faccia qualche cosa. Spesse volte non è facile formarsi un concetto esatto di quel che sia o possa essere davvero il contenuto d'una servitù negativa, e se in in quel contenuto pur non v'abbia qualche parte di elemento positivo. Su di che, come si può dir sempre, la procedura è davvero rivelatrice: la procedura che fornisce un'azione positiva — la *confessoria* — anche per le servitù negative ci dimostra che la *servitus in non faciendo* si traduce in un'entità giuridica positiva, con regole positive, comechè il suo contenuto sia del tutto negativo. Oltre a ciò conviene distinguere quella parte di contenuto negativo che v'ha nella *servitus in patiendo* da quella parte di servitù negativa che v'ha nella *servitus in non faciendo*, e la possibilità di una traduzione procedurale o pratica positiva nell'esercizio più dell'una che dell'altra. Il patire e il non fare sono tanto poco la stessa cosa, che il patire può anche conciliarsi col fare: io posso essere obbligato a tollerare legalmente che il mio vicino sopraelevi una sua casa a me vicina e posso nondimeno avere la facoltà di sopraelevare a mia volta con ogni mio agio, compatibilmente colle regole edilizie d'ordine pubblico; mentre, obbligandomi a non sopraelevare, l'altro può sopraelevare fino a che la legge o il regolamento glielo con-

Digitized by Google

sente, o può rimanere alla stessa altezza, ma il mio obbligo di non sopraelevare rimane sempre immutato e invariabile. L'affermare che Tizio deve patire la sopraelevazione del vicino è della stessa forza dell'affermare che Tizio non può da suo canto sopraelevare; non vi ha diversità fuorchè nell'obbietto, ma il contenuto risponde alla medesima figura giuridica della servitù quale diritto limitativo della proprietà altrui.

Del resto fu bene notato che queste due forme di limitazione della proprietà, ossia di servitù, corrispondono in certo modo a due forme di manifestazione della proprietà stessa e di esplicazione delle facoltà che vi sono connesse: e cioè del diritto di disporre liberamente della cosa propria e del diritto di escludere i terzi dall'esercizio di qualsivoglia influenza sulla medesima. Chi non ha la facoltà di sopraelevare il suo edificio non può disporre liberamente della cosa propria; chi ha diritto di escludere l'attività di un terzo sulla cosa di esso terzo sol perchè l'attività del terzo stesso condurrebbe ad una più o meno diretta lesione dell'attività propria, evidentemente obbliga questo terzo a non fare quanto gli spetterebbe nell'esercizio della sua proprietà malgrado qualsivoglia intromissione di estranei. Quì, in quest'ultimo caso, si ha una negazione del libero diritto altrui di proprietà, non accompagnata da affermazione di sorta del diritto proprio: nel primo caso si ha invece una vera e propria affermazione del diritto proprio non accompagnata da veruna negazione del diritto altrui, ma solo da un fastidio, da una sofferenza imposta all'altro. Nel primo caso la posizione dell'edificio dominante resta immutata, nel secondo si migliora; peggiorando però in entrambi i casi la condizione del fondo serviente: e sembra quasi che la diversa posizione giuridica nella prima ipotesi sia diretta al rispetto e alla conservazione dello stato attuale; mentre nella seconda ipotesi è diretta ad un miglioramento di entità effettiva, operante, attuosa, ad un vantaggio praticamente consacrato ed assicurato. Peraltro, lo ripetiamo ancora, queste modalità non includono una diversificazione nella struttura caratteristica della servitù per l'un caso e per l'altro; in entrambi vi ha un fondo dominante e un fondo serviente, in entrambi vi ha una limi-

Digitized by Google

tazione reale alla proprietà dell'uno e un aumento reale alla proprietà dell'altro proprietario dei due fondi posti in rapporto scambievole di servitù. Data la medesimezza del contenuto, le differenze nella forma di applicazione o di specificazione non inducono certamente una sostanziale distinzione tra l'uno e l'altro caso, o almeno non conducono la distinzione sino al punto che il contenuto negativo della servitù influisca sulla struttura funzionale, tanto da cambiar faccia alla figura giuridica dell'istituto, che ha sempre un principio, una causa, un fine: principio, causa e fine che si risolvono nello sfruttamento e in un dato sfruttamento dei fondi tanto dominante quanto serviente. Questo punto della dommatica merita di esser posto in miglior luce, la mercè dei raffronti tra quanto accade in questo caso e quanto potrebbe accadere nello svolgimento pratico di un diritto negativo, non dotato di azionabilità (positiva), ma di sola eccezione. Delle servitù negative si riconosce per alcuni un possesso, considerato come possesso del diritto e non come possesso di cosa corporale.

168. Ma or sorge fortissima contraddizione sulla ammissibilità del possesso d'una servitù negativa: anche perchè, una volta ammesso il possesso della medesima, non si saprebbe come chiudere l'adito all'usucapione, la quale appunto sul possesso si fonda; e ciò anche se il concetto di *iuris quasi-possessio* sia stato anteriore al concetto di usucapione delle servitù e se la usucapione sia stata introdotta nel diritto romano (sulla qual cosa non vi è quasi ragione a dubitare) prima della istituzione degli interdetti. Rimandando per gran parte l'esame di tale questione ad altra sede, resta per noi, almeno a prima vista, una regola di colore oscuro, quella stabilita da ULPIANO nella l. 6, § 1, Dig. 8, 5: per la quale il *possessor iuris*, avuto riguardo alla *servitus altius non tollendi, aedificantem prohibere potest.* Certamente, non potendosi supporre una gara a scadenza fissa di usucapione tra proprietari fronteggiantisi, allo scopo di prevenire gli effetti del possesso e della facoltà di proibizione dell'edificio, sembra indispensabile intendersi meglio e più discretamente su questo riguardo. Il *si forte non habeam aedificatum altius in meo*

Digitized by Google

certamente allude ad uno stato di fatto immutato nel fondo serviente; come è poi confermato anche dall'inciso *cum nihil sit innovatum*, che spiega effettivamente il contenuto pratico della servitù in parola. Questo stato di fatto, favorito di tutela giuridica, dev'esserlo appunto perchè e finchè quel dato stato di fatto esiste: e però, anche se si vuol risalire ad una *iuris quasi-possessio*, questa *iuris quasi-possessio*, congiunta al *nihil innovatum*, senza dubbio deve condurci a qualche cosa di corporeo, di sensibile.

Noi comprendiamo subito che questo punto così importante non può avere senz'altro che un'influenza grandissima sulla teoria generale della *iuris quasi-possessio*; e quindi, per quanto vogliamo sforzarci di circoscrivere e rattenere la questione al caso speciale, pur tuttavia non si può proprio a meno di fare una diversione, ed anche discretamente abbondante, nel campo di quella teorica generale. Dal concetto del possesso si potrà poi argomentare se le servitù negative sono o non sono atte ad essere usucapite: dappoichè se non potessero essere possedute o se il quasi-possesso di esse non potesse per questo riguardo tenere il luogo di possesso, per naturale e legittima conseguenza non potrebbero neppure essere usucapite. E infatti il Ruggeri (1) ammette l'usucapione delle servitù personali, l'usucapione delle servitù urbane positive e quella delle servitù rustiche, ma non delle servitù negative: appunto perchè egli non ammette possesso di servitù negative e neppure quasi-possesso corporale di esse. Per lui il quasi-possesso o *iuris quasi-possessio* non è applicabile ad un oggetto incorporeo, ma lo *ius* al quale si riferisce altro non è se non un potere reale, effettivo, una continua azione sulla cosa serviente: azione la quale si rivela soprattutto colla proibizione da una parte e coll'acquiescenza dall'altra. Per tal modo si giunge quasi a possedere la cosa contro la quale si esercita la servitù: ma questa forma di potestà non si potè chiamare, benchè realmente obbiettivata, *quasi-possessio rei*, perchè altrimenti avrebbe condotto alla *quasi-usucapio rei* (*servientis*), confondendola colla usucapione della proprietà della cosa. E, poichè non si poteva creare dissonanza tra

(1) Ruggeri, *Possesso*, II, §§ 433 e 434.

Digitized by Google

mezzo e fine, si sarebbe voluta cangiare la *quasi-usucapio rei* nella *quasi-usucapio iuris* e la *quasi-possessio rei* nella *quasi-possessio iuris* o *iuris quasi-possessio*; senza però distruggere con questo il concetto che l'obbiettivo della *iuris quasi-possessio* non è la servitù, ma la stessa cosa serviente, e senza togliere anche per questa figura di quasi-possesso la necessità della detenzione della cosa.

L'esercizio della servitù comincierebbe colla proibizione da una parte e coll'acquiescenza dall'altra: e in questo stesso momento comincierebbe un quasi-possesso della cosa serviente, s'intende, come contrapposto al possesso del proprietario? No, dice il RUGGERI; nè nel concetto di proibizione nè in quello di pazienza noi troviamo o possiamo riscontrare il concetto di possesso. La proibizione infatti non costituirebbe che qualche atto positivo momentaneo, un atto non faciente parte di una serie continuata di atti simili che dimostrino l'esistenza e la persistenza dell'*animus* di frazionare in qualche modo l'altrui proprietà e poco meno che di staccarne qualche particella; e, d'altro canto, l'acquiescenza non si concilia coll'attività positiva di sua propria natura ed indole, che si deve potere invocare a sostegno di ogni idea di possesso, per lo meno e se non altro in modo estensivo e irregolare. Solo per abuso e ad esempio (potrebbe anche aggiungersi, per rispondenza) della *usucapio libertatis* sarebbe stata introdotta l'usucapione delle servitù negative; la legge Scribonia poi avrebbe abolito, non già l'usucapione di tutte le servitù, ma soltanto l'usucapione delle servitù negative.

Ora la costruzione del RUGGERI fu meritamente oggetto di severa critica. Il possesso romano, come teoria giuridica, cominciò a delinearsi nettamente per il fatto materiale della detenzione e sul fatto materiale della detenzione: la qual cosa apparisce ben naturale come frutto necessario di ogni procedimento umano e civile, che parte dai bisogni della vita e si muove sempre nella cerchia di quei bisogni stessi. La detenzione, fatta possesso per virtù di legge, non tralascia per questo d'investire tutta quanta la cosa in tutta la sua corporale sostanza e di sfruttare a suo profitto tutte quante le attività che la cosa può dare, niuna esclusa. Non possono due persone possedere la stessa

Digitized by Google

cosa, più intensamente l'una e meno intensamente l'altra, come non possono detenerla: l'azione estranea per l'esercizio di una servitù non guasta la detenzione *iure proprietatis* della cosa che di quella servitù è oggetto. E può dirsi certamente, come ritiene l'ASCOLI (1), che fra il possesso, considerato come estrinsecazione fisica del diritto di proprietà, e questo diritto stesso vi ha lo stesso rapporto che passa tra gli atti d'esercizio della servitù e il diritto stesso di servitù: talchè in effetto la differenza tra gli atti di possesso e gli atti d'esercizio del diritto di servitù dev'essere la stessa della differenza tra la proprietà e la servitù. Di quì il concetto che quel ch'era il possesso per la proprietà dovesse essere per la servitù un quasi-possesso. Ma questa *quasi-possessio* doveva pur conciliarsi colla *possessio* e non distruggerla, e per non distruggerla non doveva intaccare la materialità, l'obbiettività fisica della cosa; non doveva render vana o difficile nel proprietario della cosa la detenzione della cosa stessa: considerata come alcunchè di simile al possesso, doveva perciò anche trovare il modo di conciliarvisi e non poteva assolutamente intendersi come un complesso di poteri fisici sulla cosa, inferiori, ma della stessa natura. Come al quasi-contratto manca il requisito essenziale dei contratti e al quasi-delitto il requisito essenziale dei delitti (il consenso per i primi, la malvagia intenzione per i secondi), così al quasi-possesso manca il requisito sostanziale del possesso: vale a dire la detenzione della cosa con animo di averla come propria, poichè questo concetto non è adattabile che all'intenzione e alla posizione del proprietario. Il concetto della *quasi-possessio rei* apparisce pertanto inammissibile e resta quello della *quasi-possessio iuris:* poichè questo concetto nulla sottrae alle facoltà fisiche del proprietario, in quanto il proprietario possiede per diritto di proprietà.

La l. 32, Dig. 8, 2, stabilisce invero che senza possedere il fondo serviente non può usucapirsene la libertà; ma questa è usucapione del proprietario e agisce in senso contrario

---

(1) *Archivio giuridico,* vol. 38, pag. 207 (*La usucapione delle servitù nel diritto romano*).

Digitized by Google

alla servitù, e non è usucapione del pretendente alla servitù nè da essa deriva diritto alcuno di servitù. Non è usucapione di proprietà perchè proprietà già vi è, ma è usucapione della libertà della proprietà, poichè la proprietà sino allora era vincolata dalla servitù: usucapione che ha bensì un contenuto simile a quello della proprietà, inquantochè suppone l'esercizio del possesso *iure proprietatis* della cosa la cui libertà vuol guadagnarsi. Ed ecco l'*usucapio libertatis* effetto anche del possesso *iure proprietatis:* s'intende parlare del possesso del fondo serviente e non di quello del fondo dominante, poichè per possedere la servitù occorre possedere il fondo dominante; così per possedere *ad usucapionem libertatis* è necessario possedere il fondo serviente e possederlo *iure proprietatis*, come *iure proprietatis* deve possedersi il fondo dominante allo scopo di possedere la servitù che vi si riferisce. La l. 20, Dig. 8, 2, stabilisce che le *servitutes quae in superficie consistunt possessione retinentur:* e poi, applicando il principio alla *servitus tigni immittendi*, dice che *per causam tigni possideo habendi consuetudinem.* Ma è chiaramente detto che si possiede (noi diremo si quasi-possiede) questa *habendi consuetudo* e non altro, non il fondo serviente certamente: quindi ben fu detto che l'esercizio del contenuto della servitù coll'*animus sibi habendi* costituisce il quasi-possesso della servitù stessa.

169. L'opinione dunque che nega in base ai testi il quasi-possesso del diritto della servitù, indipendente da ogni possesso o quasi-possesso della cosa serviente, non sembra possa reggere agli attacchi della critica: e perciò si apre già il campo alla speranza di dimostrare, vinti i contrari ostacoli, come anzi i testi positivamente e direttamente ammettessero il quasi-possesso delle servitù negative. La l. 6, § 1, Dig. 8, 5, dice che nelle *servitutes altius tollendi* o *non tollendi, si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam, quum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam; sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.* Interpretando alla lettera questo testo, come fecero gli antichi interpreti, sem-

Digitized by Google

brerebbe potersene dedurre che dunque le servitù negative si possedano soltanto grazie alla circostanza che il proprietario del fondo serviente non pone in essere atto alcuno contrario alla servitù stessa. Ma, oltrechè, come altrove notiamo, a questo modo si autorizzerebbe quasi una gara di sotterfugi e di atti equivoci tra il proprietario del fondo serviente che da un canto vuol liberarsi dal peso della servitù e il proprietario del fondo dominante che dall'altro vuol mantenere e affermare di continuo od interpolatamente il proprio diritto; dall'altra parte si verrebbe al riconoscimento del possesso, che ogni proprietario di fondi dovrebbe avere, di una quantità di servitù negative sui fondi vicini, tante quante sono le facoltà positive inerenti al diritto di proprietà, delle quali i proprietari di quei fondi vicini non si valessero. E per converso che il proprietario di ciascun fondo, sol perchè non esercita ad ogni istante o per un periodo di tempo razionalmente convenevole le facoltà che sono inerenti alla proprietà del suo fondo, dovrebbe ritenersi paziente di tante servitù negative quanti sono gli atti positivi di esercizio della proprietà, che egli appunto come proprietario del fondo potrebbe fare e non fa.

In altri termini, la proprietà sarebbe una noia e l'esercizio di essa si convertirebbe in un vero orgasmo in continuazione, in una paurosa guardia verso i vicini. Nè qui *possessor* sta per indicare un sinonimo di convenuto, dappoichè nel corso della legge s'incontra il verbo *possidere:* oltredichè qui ritenere *possessor* colui che potrebbe essere convenuto, ma di fatto non lo è, anzi è attore, sarebbe un azzardo oltre ogni dire superiore a quello che si può fare in materie cotanto positive e serie. Forse *possessor* si riferirà a quella delle parti a cui favore sta il fatto del possesso, ma che non ha veste di possessore giuridico? *Possessor iuris,* anzitutto, sembra proprio voglia essere possessore giuridico o di diritto; e poi *possidere* e *possessor* sono espressioni, le quali, ricorrendo più volte, escludono che il discorso non siasi voluto riferire con intenzione al possessore giuridico e che non siasi voluto indicare quale dei due dovesse ritenersi come possessore giuridico, se il proprietario del fondo dominante o il proprietario del fondo serviente. Di più l'esercizio del

Digitized by Google

possesso della libertà del fondo seviente in caso di sopredificazione fatta nella pazienza del proprietario del fondo dominante, costituisce un vero esercizio di possesso giuridico: e vero possesso di diritto è anche necessariamente il possesso del proprietario del fondo dominante, nell'esercizio della servitù. Altrimenti tra queste due posizioni contrapposte non vi sarebbe quella rispondenza ch'è pur così logica e naturale. Insomma, il frammento vuol significare che nella *servitus altius non tollendi* il titolare della servitù stessa ne è anche il possessore, fino a che non sia stato edificato più alto, e che il possesso non impedisce l'esercizio della confessoria: la *rei vindicatio* non può essere esercitata dal proprietario che possiede, mentre in questa servitù la *rei vindicatio* può essere esercitata anche dal proprietario che possiede.

Ed ecco come il giureconsulto viene a dimostrare in quali casi vi abbia ed in quali non vi abbia possesso; senza la pretesa di determinare il concetto generico del possesso delle servitù negative in genere, ma solo la nozione del possesso delle servitù negative, riferita al titolare della servitù *altius non tollendi.* Il quasi-possesso spetta dunque al titolare della servitù finchè l'altra parte non vi contraddice sopraelevando: ma non ogni proprietario del fondo ha il possesso della servitù *altius non tollendi* su tutti i fondi vicini, dai quali non sia stato fatto prelevamento, poichè il possesso è veramente giuridico, ma si appalesa soltanto nei momenti in cui il diritto si acuisce per effetto della contraddizione e allora si traduce in una rivista retrospettiva dello stato di diritto, che non ebbe agio di manifestarsi apertamente e direttamente, ma che produce gli stessi effetti che avrebbe prodotto se fosse stato possesso di cosa anzichè quasi-possesso di diritto, oppure se la sua contraddizione avesse avuto luogo anteriormente al tempo in cui di fatto ebbe luogo. D'altra parte non sta che prima della legge Scribonia tutte le servitù si usucapissero per abuso e che dopo questa legge le sole servitù negative fossero escluse da quel modo d'acquisto: in molti testi è ammesso il principio che esclude l'usucapibilità di tutte le servitù (L. 4, § 29, Dig. 41, 3; l. 14, Dig. 8, 1; l. 1, § 1, Dig. 1, 8; l. 3, Dig. 41, 2; l. 43, § 1, Dig. 41, 1; ll. 3, 9, 24, Dig. 41, 3; l. 1, § 8, Dig. 43, 3; l. 10, § 1, Dig. 41, 3).

Digitized by Google

In quelle parole di PAOLO che dicono come la legge Scribonia avrebbe tolto di mezzo *eam usucapionem quae servitutes constituebat, non etiam eam quae libertatem praestat*, si potrebbe vedere una chiara allusione all'usucapibilità della libertà da servitù negativa (es. normale la *servitus altius non tollendi*): ma, riflettendo meglio, l'usucapione della libertà è data anche per le servitù positive, affermative, e l'esempio tratto dalla *servitus altius non tollendi* è diretto soprattutto allo scopo di far meglio risaltare agli occhi di tutti la contraddizione che si oppone all'esercizio della servitù, la cui cessazione si usucapisce coll'usucapire la libertà del fondo serviente.

Come questa l. 4, § 29, Dig. 41, 3, così la l. 14, Dig. 8, 1, non si può intendere nel senso di escludere il possesso delle servitù negative, perchè vi si dice che le servitù rustiche non si usucapiscono siccome quelle che sono incorporali, e che non si usucapiscono neppure le servitù urbane: nè le urbane nè le rustiche presentando la corporalità ch'è necessaria all'esercizio della usucapione, nè l'una nè l'altra di esse può usucapirsi.

Ma non è detto che la usucapione sia eliminata perchè manca il possesso, come il possesso dai contraddittori si ritiene mancare nelle servitù negative. Che anzi si dice che possesso vi è, ma è incerto e non è continuo: *quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur.* E questo che si dice quì non è detto in modo speciale per le servitù negative, ma è detto generalmente per tutte le servitù che per loro natura non ammettono esercizio continuo: talchè in questo luogo e per questo assunto il frammento citato prova poco perchè proverebbe troppo, se qualche cosa provasse. Certo un quasi-possesso diretto al contenuto di atti negativi o atti d'inazione, sembra che renda esteriormente irriconoscibile l'esercizio della servitù; ma questa difficoltà, se potesse influire sull'argomento, verrebbe a distruggere del tutto ogni concetto di servitù negativa. L'esercizio d'una servitù negativa non si traduce però, come credevasi dapprincipio, nel mero fatto dello stato immutato della cosa

Digitized by Google

serviente, in modo che un tale stato corrisponda al contenuto della servitù stessa; ma richiede che un tale stato di fatto sia il portato della volontà di colui che esercita la servitù, ossia del titolare della servitù stessa, e non di una mera accidentalità, oppure della spontanea volontà e iniziativa del proprietario del fondo serviente. Ma il dubbio è questo: costituita sopra un fondo la *servitus altius non tollendi*, se il proprietario del fondo serviente si astiene dalla sopraelevazione, non per questo si ha il possesso della servitù, poichè il contratto non porta con sè il proprio adempimento e l'astensione dal sopraelevare non è un fenomeno reale nel fondo serviente, ma personale nel proprietario del fondo medesimo. Oppure basta il titolo costitutivo della servitù, anche senza una proibizione diretta ed esplicita fatta al proprietario del fondo serviente di porre in essere atti contrari alla servitù o senza un impedimento di questi atti da parte del proprietario del fondo dominante, al quale corrisponda l'acquiescenza relativa da parte del proprietario del fondo serviente; perchè si possa dire che il proprietario del fondo dominante abbia da suo canto colla sua volontà determinato la persistenza dello stato negativo che nel fondo serviente forma il contenuto del diritto di servitù?

A nostro modo di vedere, è un vano cavillo il volere scindere la volontà del proprietario del fondo serviente di mantenere il patto e osservare il suo vincolo contrattuale dalle conseguenze che questa volontà produce nello stato del fondo, che rimane quale era prima senza cambiarsi: evidentemente la volontà di contrarre comprende anche virtualmente la volontà di eseguire il contratto; e in ogni momento del lungo periodo di astensione del proprietario del fondo serviente necessario per rendere possibile il possesso e l'usucapione della servitù negativa dall'altra parte persiste la volontà di esecuzione del contratto, in quanto è sempre per lo meno un aspetto, una forma, l'unica forma ormai possibile di estrinsecazione del contenuto contrattuale. Che il titolo costitutivo della servitù negativa debba proprio essere intervenuto tra le parti, loro eredi od autori, danti od aventi causa, è ben evidente: dappoichè chi vuol possedere un diritto, come chi vuol possedere una cosa, deve avere l'animo

Digitized by Google

che corrisponde ad un tale possesso, non viziato nè dal vizio della violenza, nè da quello della clandestinità, nè da quello della precarietà nei riguardi col proprietario del fondo serviente. Una sola circostanza potrà praticamente produrre qualche inconveniente: e cioè che il proprietario del fondo dominante e quello del fondo serviente dovranno necessariamente conoscere l'esistenza di questa servitù negativa, ma potranno non conoscerla i terzi, anzi è da supporsi che normalmente non venga a loro conoscenza se non mediante informazioni e precauzioni straordinarie. Ma questo inconveniente è proprio di tutte le servitù non apparenti e non ha che fare nè col possesso nè coll'usucapione delle servitù stesse; non si tratta di irriconoscibilità maggiore di quanta possa esserne data dalla non-apparenza. Del resto, quanto al diritto giustinianeo, sembra non possa esservi dubbio circa la prescrittibilità ed il possesso delle servitù negative: dappoichè la l. 1, Cod. 3, 34. consente l'esercizio dell'azione nel caso che sia costrutto un edificio *contra veterem formam, ut luminibus officeret;* e si fa precetto al giudice di ritenere che la *longi temporis consuetudo* tiene il luogo di servitù — *modo si is qui pulsatur nec vi, nec clam, nec precario possidet.* Su quest'ultima parte del rescritto di ANTONINO sorse controversia tra gli interpreti: perciocchè la stessa glossa dette ben tre interpretazioni dell'inciso. La *servitus altius non tollendi* si acquista per prescrizione, allorchè colui che prescrive abbia posseduto la servitù stessa *nec vi, nec clam, nec precario;* oppure la libertà della *servitus altius non tollendi* si usucapisce col tenere elevato il fondo serviente per lungo tempo *nec vi, nec clam, nec precario;* oppure la usucapione della *servitus altius non tollendi* si ammette purchè l'avversario possieda il fondo serviente *nec vi, nec clam, nec precario.* Le due ultime interpretazioni falsano il testo della legge, perchè non potrebbero conciliarsi se non colla lezione *vicem libertatis* o *vicem servitutis amissae:* d'altra parte non si comprende di quale utilità od influenza nella questione possa essere la legittimità del possesso del convenuto contro cui si allega l'usucapione della servitù, anche se si voglia interpretare nel senso che i vizi del possesso impediscano al possessore di costituirsi una servitù; perciocchè questa versione si po-

Digitized by Google

trebbe adattare all'acquisto immediato e non già all'acquisto per usucapione.

Del resto, che l'esclusione dei vizi del possesso debba ritenersi applicabile al prescrivente è escluso dall'espressione *is qui pulsatur*, a prima vista; senonchè, inteso *pulsare* nel senso di turbare, sembra che possa riferirsi anche all'attore prescrivente, considerandolo come disturbato dalla sopredificazione del vicino, e ridotto al punto di affermare il proprio diritto di servitù attiva all'*altius non tollendi* del vicino stesso.

Non è l'usucapione della *servitus altius tollendi*, ma quella della *servitus altius non tollendi* che cade in discorso qui. Anzi, più propriamente di *altius tollere* non si parla, ma di *extruere aedificium contra veterem formam, ut luminibus vicini officiatur;* è proprio dunque il caso di avvisare ad una *servitus ne luminibus officiatur*, la cui pretesa è fondata sopra una *vetus forma*. In tal caso si concede alla Calpurnia l'azione negatoria del diritto di oscurar le luci, che si converte in affermazione del diritto proprio all'esercizio della servitù avente contenuto contrario all'oscuramento che si vuol divietare. Il giudice deve riconoscere nella lunga osservanza la forza d'una servitù regolarmente costituita, o, meglio, costituita a mezzo di titolo; purchè questa *longi temporis consuetudo* si trovi raccomandata ad un possesso legittimo non viziato di alcun vizio di violenza, di clandestinità, di precarietà, e sia in favore di colui che muove doglianza per il fatto del suo vicino che oscura le luci.

Quindi la servitù *ne luminibus officiatur*, quasi sinonima di quella *altius non tollendi*, è riconosciuta possibile non solo per titolo, ma anche per usucapione; e il possesso legittimo è appunto l'elemento che rende efficace la *longi temporis consuetudo* agli effetti dell'usucapione. Taluno però potrà trovare strano che si applichi praticamente ad un tempo il triplice concetto della non-violenza, non-clandestinità, non-precarietà alle servitù negative che sono in via di usucapione: inquantochè, se è vero che si può costringere il vicino colla violenza a smettere il proposito d'una sopredificazione già cominciata o preparata, sia pur detto che non si può pretendere una pubblicità dove manca il requisito di

Digitized by Google

apparenza, e che il difetto di precario solo è conciliabile colla detenzione materiale d'una cosa.

Per noi tuttavia questi non sono argomenti plausibili di dubbio. La clandestinità è esclusa dal fatto che colui il quale possiede la servitù attiva compie sotto la luce del sole i suoi atti di contraddizione alle pretese dell'avversario: quando lo si vuol gravare di una sopraelevazione del vicino ed egli vuole eliminarla, non si limita a far allontanare di soppiatto o a far demolire di nottetempo i materiali o i muri del vicino stesso, ma si pone in aperta e palese contraddizione con esso, anche soltanto nelle vie estragiudiziali. Se invece senza affermare il suo diritto di fronte al vicino, sostenendo a viso aperto la propria pretesa, egli provvede alla tutela del suo diritto con piccoli mezzi più da ladro che da persona la quale afferma di volere e di sapere qual è la sua posizione secondo il diritto; in tal caso è a dirsi che il vizio della clandestinità attacca profondamente il suo possesso. Così non deve avere esercitato i suoi diritti negativi solo in base a circostanze precarie o passeggiere e per ragione di queste circostanze; come se avesse ottenuto dal vicino a titolo di concessione un ritardo di sopraelevazione, allo scopo di far prosciugare al sole una fabbrica già elevata da lui nel terreno proprio, o se avesse ottenuto la non-sopraelevazione del vicino approfittando della costui assenza e dell'avergli esso affidata la custodia o l'amministrazione del fondo contro il quale si dovrebbe esercitare il diritto di servitù attiva *ne luminibus officiatur*. In tale ipotesi egli riesce ad ottenere precariamente lo stesso effetto pratico che avrebbe potuto ottenere seguendosi la supposizione di un riconoscimento diretto da parte del vicino della sua servitù attiva in forma permanente e regolare: il non avere ottenuto un tale effetto in contraddizione col proprietario e quasi di sorpresa vizia in via di diritto il suo possesso di fatto e lo rende veramente inidoneo all'usucapione. Senza dubbio questi vizi sono assai più difficili a riscontrarsi nel quasi-possesso di un diritto anzichè nel possesso di una cosa: ed anche trattandosi d'immobili ricorrono assai meno facilmente che quando si tratta di mobili; tanto vero che non di rado sembrano piuttosto accampati in teoria, anzichè adattati alla realtà, specie per

Digitized by Google

quanto concerne la loro contemporanea esistenza. È impossibile che una violenza, una clandestinità e una precarietà di possesso durino insieme per *longi temporis consuetudo*, e, poniamo, per trenta anni: non si può concepire che una violenza duri per tanto tempo, che per tanto tempo si nasconda la propria intenzione di usucapire, che per tanto tempo duri uno stato di fatto transitorio.

Ma la generalizzazione della teoria del possesso e la parificazione della *quasi-possessio iuris* alla *possessio rei* fa sì che questa materia sia dominata da concetti teorici che spesso non hanno riscontro nella pratica: la qual cosa però non conduce ad escludere che al caso della costituzione di ANTONINO si possano comodamente applicare le regole relative ai vizi del possesso, come è ammesso di poterle applicare anche nelle ipotesi più scabrose di possesso mobiliare, ove non sembra neanche concepibile tale una pubblicità di possesso che escluda ogni dubbio sulla sua legittimità. Lo stesso all'incirca potrebbe appropriarsi alle servitù non apparenti, perciocchè lo stato esterno del fondo dominante e del fondo serviente nulla lascia propriamente intravvedere che accenni ad una tale condizione di cose: non sarebbe dunque ad ogni modo questa una difficoltà esclusiva delle servitù negative, ma sarebbe comune anche con tutte le altre servitù che non risultano da segni esterni visibili. Dunque, se per l'usucapione delle servitù non apparenti e di tutte le altre servitù il possesso deve rivestire qualche requisito di legittimità, gli stessi requisiti di legittimità e di possesso sono indispensabili anche per l'usucapione delle servitù negative.

170. Anche i sostenitori del possesso delle servitù negative ammisero tuttavia che l'usucapione delle servitù negative ubbidisce a criteri diversi da quelli riconosciuti ed ammessi per le altre specie di servitù o per le servitù in genere. Per il possesso delle servitù negative, si dice, è indispensabile la effettiva scienza del proprietario della cosa serviente. Veniamo alle esemplificazioni. Io pretendo di aver prescritto una servitù attiva di prospetto sul fondo del vicino; e questo può anche conciliarsi col fatto che il proprietario del fondo serviente nulla sappia e di nulla si sia accorto in

Digitized by Google

ordine a ciò: il fatto del prospetto è un fatto onninamente obbiettivo e forse non richiede neppure che dapprincipio il proprietario del fondo stesso dominante vi abbia avuto intenzione. Se la mia azione, nel sopraelevare, ebbe lo scopo precipuo e fondamentale di esercitare in modo amplissimo un diritto di proprietà sul mio e non un diritto di servitù sull'altrui fondo, posso anche venire a tal punto, che questo diritto resti prescritto a mio favore come affermazione evidente e palese tradotta nel fatto. Ma se io intendo semplicemente vietare al mio vicino la libera sopredificazione, vale a dire la libera espansione della sua proprietà, naturalmente la cosa cambia di aspetto: io non mi pongo in condizione di esercitare direttamente un diritto sulla mia proprietà e sopra il mio fondo, ma bensì di contraddire all'esercizio che della sua proprietà e sul suo fondo vorrebbe fare il mio avversario. In altri termini, io debbo avere il coraggio e la forza della contraddizione al mio avversario di compiere quegli atti che a proprietario si addicono. Ed ecco che appunto questa contraddizione motivata al diritto di sopraelevare è il punto di partenza dell'usucapione delle servitù negative: nel senso che se una tale contraddizione non vi fosse, si avrebbe sempre dall'altra parte il libero esercizio degli atti possibili *iure proprietatis*, dappoichè *in facultativis non datur praescriptio.*

Nella facoltà di esercitare o non esercitare gli atti dipendenti dal diritto di proprietà il proprietario troverebbe appunto il baluardo più forte e più saldo contro le insidie dei proprietari vicini; ma la contraddizione lo deve scuotere e deve dargli a pensare che è terminato per lui il libero regime degli atti facoltativi. Di quale specie dovrà essere una tale contraddizione? Occorrerà una contraddizione giudiziale, oppure potrà bastare una qualsivoglia contraddizione di fatto, un avviso privato, un semplice alterco in presenza di testimoni? L'essenziale è questo: che il proprietario al quale si divieta di esercitare i suoi atti di libero esercizio della proprietà si pieghi ad un tale divieto o subito o per effetto e in seguito ad un certo contrasto; essenziale è che la proibizione e l'impedimento di cui si tratta riesca nel suo intento di impedire all'altra parte la sopraelevazione *iure proprietatis.* Da

Digitized by Google

questo punto comincia l'usucapione della servitù attiva, e questa usucapione per esser valida deve cominciare in buona fede: *mala fides superveniens non nocet.*

La buona fede iniziale, ossia l'intenzione di agire in forza di un titolo valido o di un titolo del quale s'ignoravano i vizi, naturalmente deve avere per sua base un titolo; dappoichè, se non dovesse muovere da un titolo, porterebbe naturalmente sulla sua fronte le stimmate dello arbitrio e della irregolarità. Il titolo può essere di molto tempo anteriore all'esplicazione del primo atto di contraddizione da cui parte l'usucapione della servitù attiva: per molto tempo può essere rimasto inerte e un bell'istante se ne può trar profitto mercè la contraddizione, con intendimento di esercitare davvero un diritto di servitù sul fondo vicino; nel senso di negare su quel fondo l'esercizio di qualche atto di proprietà, che senza la legittimità di una siffatta negazione dovrebbe esercitarsi per la stessa natura del diritto pieno di dominio. Del resto, anche per le servitù negative è esatto che la mala fede sopravvegnente non nuoce: dappoichè non v'è alcuna difficoltà ad ammettere che il requisito del possesso *ad usucapionem* persista anche nel quasi-possesso delle servitù. Una sola difficoltà può esservi, ma riguarda i casi singoli; che cioè, data la contraddizione persistente all'esercizio del diritto di proprietà altrui, il possesso abbia il vizio della clandestinità che non aveva al primo atto della contraddizione, o quello della violenza che non si concilia con una vera e propria contraddizione giuridica, o quello della precarietà che non si concilia neppur esso colla persistenza della contraddizione.

Esaminata nondimeno la questione in astratto, si deve proprio venire alla conclusione che per l'usucapione del quasi-possesso delle servitù prediali altro non occorra di buona fede, se non quel tanto che se ne ha in principio, allorchè cioè si viene a mettere in atto la prima manifestazione contraddittoria all'esercizio del diritto di proprietà dell'avversario. Se non ci fosse una contraddizione da cui prender le mosse, la questione circa l'usucapibilità o l'usucapione già maturata di una servitù negativa diverrebbe e resterebbe una mera questione psicologica e quasi metafisica: il diritto vi avrebbe ben poco a vedere e potrebbe meno sperarne. L'atto di con-

Digitized by Google

ordine a ciò: il fatto del prospetto è un fatto [illegible] obbiettivo e forse non richiede neppure che dagli [illegible] proprietario del fondo stesso dominante vi abbia [illegible] zione. Se la mia azione, nel sopraelevare, ebbe lo [illegible] cipio e fondamentale di esercitare in modo amp[illegible] diritto di proprietà sul mio e non un diritto di serv[illegible] l'altrui fondo, posso anche venire a tal punto, che [illegible] diritto resti prescritto a mio favore come afferma[illegible] dente e palese tradita nel fatto. Ma se io intendo [illegible] mente vietare al mio vicino la libera sopredificazione, [illegible] a dire la libera espansione della sua proprietà, natural[illegible] la cosa cambia di aspetto: io non mi pongo in co[illegible] di esercitare direttamente un diritto sulla mia propri[illegible] sopra il mio fondo, ma bensì di contraddire all'esercizio [illegible] della sua proprietà e sul suo fondo vorrebbe fare il [illegible] avversario. In altri termini, io debbo avere il coraggio [illegible] forza della contraddizione al mio avversario di compi[illegible] quegli atti che a proprietario si addicono. Ed ecco che [illegible] questa contraddizione motivata al diritto di sopraelevare [illegible] punto di partenza dell'usucapione delle servitù negative: [illegible] senso che se una tale contraddizione non vi fosse, si [illegible] sempre dall'altra parte il libero esercizio degli atti pe[illegible] *bere proprietatis*, dappoichè *in facultativis non datur p[illegible] scriptio*.

Nella facoltà di esercitare o non esercitare gli atti [illegible] denti dal diritto di proprietà il proprietario troverebbe [illegible] il baluardo più forte e più saldo contro le insidie dei [illegible] prietari vicini; ma la contraddizione lo deve scuotere e [illegible] dargli a pensare che è terminato per lui il libero [illegible] degli atti facoltativi. Di quale specie dovrà essere [illegible] contraddizione? [illegible] contraddizione giudi[illegible] pure potrà b[illegible] contraddizione [illegible] un avviso [illegible] [illegible] in presen[illegible] moni? [illegible] proprie[illegible] divie[illegible] bero es[illegible] pri[illegible] o subi[illegible] in s[illegible] o l'[illegible] pe[illegible]

Digitized by Google

esto punto [illegible] attiva, e
sta usucapi[illegible] [illegible]re la buona
e: *mala* [illegible]

La buona [illegible]re in forza
un titolo [illegible] ignoravano
zi, naturalmente [illegible] un titolo; da
ichè, se [illegible] ordinarebbe nat
lmente [illegible] arbitrio e [illegible]
regolarla [illegible] tempo anter
l'esp[illegible]zione da cui
usucap[illegible] tempo può
[illegible] trar profitto
[illegible] verificatare da
[illegible]

l
a
to
ea
zio
una
o di
godi-
punto
corpus
proprie-
tario del
le, nè dif-
onsulti ro-
ivi, il fatto
re non meno

3 e 674; Firenze,

Digitized by Google

traddizione fa rientrare la posizione di fatto nel campo giuridico; rappresenta, come a dire, l'inizio di una nuova fase, di una fase che obbedisce a regole, produce azioni, organizza costruzioni giuridiche. La contraddizione dev'esser tale, che un proprietario di fondo serviente, essendo in buona fede, non possa dissimularla a sè stesso o nasconderne la conoscenza agli occhi altrui. Così la proibizione da una parte e l'acquiescenza dall'altra parte costituiscono il segnale del cominciamento della servitù: e questi due fatti possono praticamente avvenire in modi diversi e sotto diverse forme. Il proprietario del fondo serviente può tentare di fare delle mutazioni sul fondo stesso e il padrone del fondo dominante può opporvisi: in tal caso la desistenza del proprietario del fondo serviente, considerata come effetto della contraddizione, significa la possibilità di un principio d'acquisto della servitù, con decorrenza dall'istante stesso della contraddizione. Può anche darsi che il proprietario del fondo serviente parli o con quello del fondo dominante o con altri dei suoi progetti di fare qualche cosa nel suo fondo e pel suo fondo *iure proprietatis*; e che il proprietario del fondo dominante, anche in via amichevole, e per mezzo di persone interposte, gli faccia conoscere le sue contrarietà: in seguito alle quali il proprietario del fondo serviente abbandoni l'idea di quel dato esercizio della proprietà od uso sulla cosa sua. Può darsi altresì che il proprietario del fondo dominante faccia notificare al proprietario del fondo serviente una protesta o diffida perchè si astenga dal fare quel dato uso, nella cui privazione consiste appunto il contenuto della servitù: se allora il proprietario del fondo serviente non si cura di controprotestare avvertendo che, se egli si astiene da quel dato uso che gli è inibito, non lo fa già per obbedire alle ingiunzioni del suo avversario, ma solo perchè ha cambiato spontaneamente di avviso; in tale ipotesi, qualora intervenga il non-uso della proprietà nel senso della ricevuta proibizione, si ha un vero e proprio cominciamento di esercizio della servitù negativa, il cui acquisto può anche derivare da una lunga osservanza del divieto.

Ma si osserva che la volontà del proprietario del fondo dominante, imposta al proprietario del fondo serviente, in

Digitized by Google

servitù negativa, manca di fatto per mancanza dell'esercizio materiale della servitù stessa (1). Senonchè quale esercizio più patente per una servitù negativa, dell'atto di contraddizione congiunto col godimento degli effetti della contraddizione stessa, ossia col godimento dell'astensione del proprietario del fondo serviente da quei determinati atti che costituirebbero la manifestazione normale del diritto di proprietà? Il godimento del diritto di servitù non risulterebbe senza la contemporanea astensione del proprietario del fondo serviente dall'esercizio degli atti corrispondenti, *iure proprietatis;* e senza che una tale astensione, per una parte, fosse ispirata dall'animo di assoggettarsi al peso di una servitù, e il corrispondente godimento, per l'altra, fosse ispirato dall'animo di esercitare appunto il diritto di servitù del quale si tratta. L'*animus* vi è e il *corpus* si traduce in un contenuto negativo non diretto nel proprietario del fondo dominante, ma contrario nel proprietario del fondo serviente: la qual cosa non è punto anormale, nè difficile a intendersi, perchè, per quanto nei giureconsulti romani prevalga la materializzazione dei fatti positivi, il fatto dell'uomo, anche nella sfera giuridica, può essere non meno negativo che positivo.

---

(1) Ruggieri, *Il possesso*, vol. 1°, § 433, pag. 673 e 674; Firenze, Pellas 1880.

Digitized by Google

TITOLO SECONDO

SERVITU' ORIGINATE ALL'INFUORI DEL FATTO DELL'UOMO

Bibliografia.

BERNASCONI B. F. — *Di alcune questioni possessorie in materia specialmente della cosiddetta servitù legale di distanza per le finestre e di quella « prohibendi »; loro natura, manutenibilità e reintegrabilità* (*Gazz. Trib.*, Milano 1879, 451)

BIANCHI F. — *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano.*

BUSATTI L. — *Sull'origine delle servitù legali e naturali* (in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, XI, 3).

FLAUTI A. — *Commento sulle servitù legali, con appendice circa la influenza del diritto amministrativo sul più facile esplicamento delle leggi e sulla espropriazione per pubblica utilità e su quelle pel risanamento di Napoli;* Napoli, tip. Raffaele Avallone e figlio, 1889, in-8°.

FOURNEL. — *Traité du voisinage;* Paris, ann. XIII, 4e édit., revue par TARDIF.

FRÉROT. — *Répertoire complet des lois du voisinage;* Paris 1848.

JAY. — *Nouveau traité du bornage;* Paris 1859.

LUSIGNANI. — *Le limitazioni della proprietà in diritto romano* (*Filangieri*, 1888, n. 7).

MANTIA (LA) V. — *Piantagioni verso il confine del vicino* (*La Legge*, 1882, II, 674).

PACICHELLI. — *Tractatus de distantiis*, con note di G. B. SPINOLA; Roma 1735.

SAYA M. — *La comunione e le servitù legali degli edifici;* Messina, tip. dell'*Avvenire*, 1886, in-8°.

SCHUSTER. — *Del diritto di costruire e di proibire la costruzione di una fabbrica, dell'uso e del non-uso delle servitù, ecc.;* Firenze 1838.

Digitized by Google

SORANI UGO. — *Sulla indennità dovuta per le servitù legali imposte dall'art. 65 del reg. 6 settembre 1874 sui cimiteri* (*Foro italiano*, 1881, I, 221).

Che vi possano essere delle servitù originate all'infuori del fatto dell'uomo può dirsi, allorquando l'espressione, già di per sè alquanto pericolosa, si temperi con giuste osservazioni discretamente. Nei negozi giuridici il fatto dell'uomo non può a meno di entrare come componente essenziale, se non altro per via indiretta: ed anche nelle cosiddette servitù legali si trova il fatto dell'uomo, per lo meno e se non altro, nel consentire ch'egli fa di porsi in quelle date condizioni di vicinanza nelle quali la legge prevede e ammette un vincolo necessario. Certamente non è dato all'uomo di potere col fatto suo sottrarsi alle conseguenze giuridiche di quella data posizione di fatto nella quale egli si pone: ma si tenga presente che, come generalmente dal fatto scaturisce il diritto, così in modo particolare dal fatto del possesso esercitato dal proprietario scaturisce quel dato diritto di proprietà che si concreta anche nelle limitazioni del suo esercizio in ragione dei rapporti di vicinanza. In tali casi gli effetti ultimi, gli ultimi rapporti giuridici che si avvicinano alla manifestazione esterna e sensibile della servitù appariscono indubbiamente come il prodotto di cause necessarie, di cui non si possono cambiare gli effetti e alle quali non può darsi il bando nella data figurazione giuridica di cui si tratta. Vero è bene che, come si disse, risalendo alle cause più remote e alle cause prime del fenomeno, senz'altro apparisce il negozio giuridico iniziale nella sua necessaria spontaneità e volontarietà. Se io ho accettato l'eredità dei fondi, se io ho comperato i fondi dominanti o servienti, senza dubbio mi sono posto volontariamente nella condizione di trovarmi giovato dal diritto di far defluire le mie acque sui fondi inferiori e nel tempo stesso soggetto alla cosiddetta servitù legale di ricevere le acque dai fondi superiori. Divenendo proprietario, io accetto tutte le conseguenze della mia proprietà e tutte le limitazioni della proprietà stessa, senza distinzione, senza restrizioni, senza riserve: ma appunto, per tener presente più il fatto improprio della servitù che il fatto

Digitized by Google

vero della limitazione della proprietà, in questi casi la costruzione giuridica deve avvicinarsi ai fatti più prossimi e trarre da questi, anzichè portarsi sui fatti più remoti e sulle origini dell'istituto di cui si tratta. Così le apparenze esteriori e attuali del servizio di fondo a fondo risparmiano l'osservatore dal portarsi all'esame delle manifestazioni, più o meno limitate, della proprietà: l'osservatore trova il servizio, riguarda la servitù, assume un fondo dominante e un fondo serviente, constata un rapporto necessario e quello segue. Un osservatore più profondo giunge più lontano, fino ad esaminare il campo delle limitazioni della proprietà, fino a persuadersi che l'origine del rapporto è volontaria, fino a seguire le traccie più remote della posizione giuridica in esame. Pur tuttavia noi vogliamo concedere tanto all'empirismo, quanto è reso necessario per concorrere alla retta e spedita interpretazione dei testi legislativi, che mantengono le servitù legali ammettendone l'origine specifica e riconoscendone le manifestazioni obbligatorie di fronte a qualsivoglia desiderio, nelle parti interessate, di cambiar natura ed estensione al rapporto. E le servitù tanto più apparvero nel loro carattere di necessità legale, in certi determinati rapporti prediali, quando lo Stato o il Comune volle spingere la propria influenza nel regolamento della proprietà, e specialmente nella sistemazione edilizia degli agglomerati, più notevoli e più popolosi, di fabbriche destinate alle abitazioni civiche. La forza assorbente dei pubblici poteri fece passare quasi in seconda linea ogni concetto, per quanto modesto, di originaria influenza delle parti sulla costituzione del rapporto giuridico: il qual nuovo punto di vista non solo influì sul nostro istituto, ma profondamente in parecchi altri ordini di fatti e di istituti del diritto. Poi tanta fu la forza dell'empirismo, che il concetto di servitù legale trovò modo di farsi accogliere e sanzionare anche dalla scienza; non però in guisa che non apparisse qualche forte ostacolo da parte di chi intese a ricondurre il concetto di servitù alla sua vera significazione, specialmente avuto riguardo alle attuali vedute sulle limitazioni legali della proprietà e all'applicazione di tali vedute anche al sistema di proprietà e patrimoniale romano in genere.

Digitized by Google

Potrà recare meraviglia di trovare sotto questo titolo anche la classificazione di servitù urbane e rustiche. Ma per ciò concorrono due ragioni principalissime. Anzitutto, contrapponendo le servitù del primo titolo di questo libro con quelle di questo secondo titolo si trova nell'ingerenza del fatto umano volontario una parte più grande nelle servitù del primo titolo, anche a voler percorrere tutto quanto il ciclo del rapporto giuridico dalla sua origine alle sue manifestazioni esterne più prossime. Le servitù si dicono continue o discontinue, apparenti e non apparenti, affermative o negative appunto restando nel campo dell'estrinsecazione visibile dell'azione umana e nell'estensione della volontà agli atti che compongono oggettivamente l'insieme dei rapporti giuridici costituenti la servitù. La possibilità dell'esercizio continuo, ossia senza limitazione di durata, di una servitù, evidentemente è prevista quando la servitù stessa è costituita, appunto perchè l'esercizio della servitù non può essere fatto che dall'uomo. L'apparenza o non apparenza delle servitù dipende dalla pubblicità ovvero notorietà dell'esercizio: ed anche qui è al fatto dell'uomo che si guarda nell'esercizio della servitù. Le servitù affermative o negative in tanto si possono dir tali, in quanto esse contengono una dichiarazione attuosa risultante dalla condotta e dal contegno di chi l'esercita. Invece le servitù cosiddette legali tali divengono non per elezione e volontà diretta e originaria delle parti, ma perchè le condizioni naturali pongono le parti nello stato di rapporti siffatti, da non poter decampare in modo alcuno da simili condizioni naturali e dalle conseguenze che a queste condizioni stanno inseparabilmente congiunte. Per la distinzione tra servitù urbane e rustiche l'agente o gli agenti nel rapporto di servitù non pongono in opera, secondo taluna opinione, alcun atto speciale di destinazione: e, per quanto questa non sia la opinione nostra, e anzi noi andiamo proprio nell'opinione contraria, tuttavia il rispetto e alle opinioni altrui e soprattutto all'opinione predominante ci consiglia a sottrarre questa classificazione dalla categoria delle servitù stabilite per fatto dell'uomo e farla comprendere sotto la categoria delle servitù stabilite all'infuori del fatto dell'uomo. Se si fosse voluto seguire l'impulso delle proprie convinzioni, cer-

Digitized by Google

tamente non vi sarebbe stato altro mezzo per rendere omaggio alla verità, da quello infuori di sottrarre non solo la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche dalla ripartizione delle servitù determinate all'infuori del fatto dell'uomo, ma anche di sopprimere completamente una tale categoria di servitù determinate all'infuori del fatto dell'uomo. Queste noi vedemmo essere piuttosto limitazioni di proprietà, che servitù vere e proprie. Anche il fatto della destinazione ad ogni modo non si presenta per la servitù, diremo così, a caso vergine e con apposita e speciale direzione: poichè per gran parte è prevenuto dal fatto della destinazione dei fondi posti tra loro in rapporto di servitù. Che vi sia piena libertà di una destinazione a scopo di servitù di due fondi, in forma autonoma di una loro anteriore destinazione staccata, noi neppure possiamo ammettere: certamente, a un dato momento dell'esercizio della proprietà, non può sorgere il bisogno di contrastare profondamente alla destinazione dapprincipio o fino allora assegnata ai fondi nella economia privata e pubblica. Un fondo rustico potrà essere destinato ad una coltura diversa, ma in fondo non può essere, normalmente almeno, destinato per intiero ad area fabbricabile. Parimente, uno spazio in città su cui sia fabbricata una casa, non suole d'un tratto essere eguagliato al suolo, perchè su quell'area, costituendovisi così un nuovo regolamento di destinazione e quindi anche una nuova rete di servitù, sia senz'altro introdotta la coltivazione. Insomma, l'equilibrio economico ed anche l'interesse privato è incomportabile colla continua o abituale distruzione o ricostruzione di un fondo urbano o di un edificio sopra una stessa area, e quando l'edificio abbia importanza a sè e quando l'edificio rimanga come assorbito nel terreno ed in questo compreso per servigio di esso: e così pure non comporterebbe che d'un terreno seminativo, in circostanze normali, d'un tratto si facesse area fabbricabile. La casa d'ordinario rimarrà casa e il terreno coltivato rimarrà terreno coltivato. Ciò posto, e rimanendo ordinariamente i fondi sempre allo stesso stato fondamentale di destinazione, i cambiamenti successivi non saranno che cambiamenti limitati alla destinazione fondamentale del fondo: e così, per quanto possa cambiare coltura, il fondo rimarrà sempre

Digitized by Google

rustico e quindi non sarà mai il soggetto d'una *servitus altius non tollendi*. Infatti, se il proprietario di un terreno coltivato pretendesse di non avere impedito il prospetto dal suolo del proprio fondo al mare o al monte in causa d'una fabbrica del vicino tenuta alla distanza legale, questa sua pretesa sarebbe vana: e pure insolita e strana (per quanto non divietata) sarebbe col vicino una convenzione di questa specie, che invece più agevolmente si concepisce trattandosi di case di abitazione civile. In senso contrario può dirsi che il proprietario del fondo urbano, a mo' d'esempio, non ha bisogno della servitù dell'irrigazione, perchè il fondo urbano non è un fondo irriguo: nè si troverà un proprietario di casa così fuori di sè, da pattuire col vicino una speciale servitù di acque per questo scopo, quando lo scopo manca: sarebbe un *gestum sine causa*, nè più e nè meno. Il proprietario della casa in simile ipotesi trova già compromessa la sua iniziativa dalla destinazione già da lui data in precedenza al proprio fondo: e, se vuole stabilire delle servitù per una casa destinata in città o in campagna ad esclusivo uso di abitazione civile e non a servizio del fondo, non potrà stabilire che servitù urbane: medesimamente, volendo stabilire delle servitù per fondi rustici e tra fondi rustici, non potrà stabilire che servitù rustiche. Così è per natura delle cose e dei diritti e nulla si può cambiare senza alterare profondamente la sostanza dei fondi e la loro natura: si potrà destinare il fondo o i fondi posti tra loro in rapporto di servitù ad un servizio anzichè ad un altro; ma, una volta fatta questa destinazione dei fondi, ogni rapporto di servitù tra di loro non potrà rivestire che un solo carattere, necessariamente, o di servitù urbana o di servitù rustica senza ulteriori atti della volontà delle parti poste in tale rapporto volontario.

Queste ed altre ragioni di opportunità ci hanno consigliato a collocare la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche nella categoria delle servitù, la cui classificazione non dipende dal fatto dell'uomo, perchè vi sia o vi possa essere un fatto apposito di destinazione in ordine al servizio urbano o al servizio rustico, ma solo perchè originariamente i fondi sono stati essi destinati come urbani o come rustici:

Digitized by Google

mentre nella categoria delle servitù che chiamammo stabilite per fatto dell'uomo noi abbiamo riposto quelle servitù la cui manifestazione o classificazione richiede un nuovo fatto dell'uomo oltre il fatto iniziale della destinazione dei fondi; un fatto di destinazione che può essere diretto in un senso o nell'altro, con facoltà di scelta tra una destinazione e l'altra. Ma anche questa scelta sovente interviene ben limitatamente, poichè sovente dalla natura stessa della servitù o del servizio si deve dedurre necessariamente l'indole della servitù e l'assegnazione di essa ad una categoria anzichè all'altra. La giustificazione migliore della nostra classificazione resta dunque sempre questa: che, come le servitù legali non convenzionali vere servitù non sono, così la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche non ha ragion d'essere nella legislazione attuale e però non può confondersi colle altre distinzioni contemplate nel titolo primo che sono ancora accettate e sempre pratiche nell'uso giuridico e nell'applicazione delle norme del Codice.

Ultime vengono, nell'intitolazione di questo libro, le servitù irregolari, siccome quelle che sono così dette perchè non hanno i caratteri veri di servitù e siccome quelle le quali non possono appartenere alla categoria delle servitù genuine e veramente sanzionate così dalla dottrina come dal Codice nostro vigente.

Digitized by Google

CAPO I.

Legali non convenzionali.

171. Storia del concetto di servitù legali. — 172. Differenza dei rapporti di vicinanza dalle servitù. — 173. Avviamento al concetto moderno. — 174. Distinzione tra servitù che derivano e servitù che non derivano dalla situazione dei luoghi. — 175. Regolamenti generali dei beni. — 176. Quasi-contratto di vicinanza.

171. Il concetto di servitù legali è un concetto pericoloso specialmente oggi, posto in raffronto colla soverchia ed esagerata influenza delle funzioni dello Stato, alla quale con gran soddisfazione propria e poca soddisfazione altrui si accenna da taluni teoristi, i quali vorrebbero attribuire allo Stato molta parte dell'attività dell'individuo per cedere a principî di vieta uniformità nei rapporti giuridici stessi, che non hanno se non un movente unico e grande, sia desso prossimo o remoto rispetto al momento della perfezione giuridica dell'istituto: la volontà individuale di coloro che partecipano all'istituto stesso e alla formazione di questo. Ora, il voler sostenere che la legge stessa, all'infuori della volontà dell'uomo, può da sè bastare per la costituzione di rapporti di servitù, è già, per la sola enunciativa, una proposizione che sa di eterodosso e che mette subito in sospetto sugli intendimenti di chi propugna una tal classe di rapporti tra fondi. Ed anche non poco equivoca è la disposizione dell'art. 533 Cod. civile, che ci fa conoscere come le servitù stabilite dalla legge abbiano per oggetto l'utilità pubblica o privata: dappoichè da un tal modo di esprimersi sembrerebbe che dell'utilità privata potesse essere miglior giudice la legge anzichè la volontà delle parti, almeno in certi determinati casi. Intanto anzitutto deve notarsi che per diritto romano, specialmente storico e classico, il concetto di servitù legale non esiste; ma esiste ed è abbastanza sviluppato il concetto di rapporti necessari di vicinanza, dai quali le parti non possano emanciparsi, benchè tali rapporti, più che reali, si concepiscano come personali.

Prima d'inoltrarci nella nostra legislazione positiva è bene dare una corsa alla storia del concetto di servitù legale, e

Digitized by Google

prima di tutto esaminare un tale concetto nella storia del diritto romano, se non altro per escluderlo nel senso come modernamente s'intende di limitazioni forzate o di rapporti forzati che la legge determina in sostituzione della volontà dell'uomo e perfino contro una tale volontà. Ma ricorriamo senz'altro ai testi. PAOLO, commentando l'editto (L. 2 pr., Dig. 39, 3), si propone a un certo momento di riassumere e concentrare in un concetto teorico le cause per le quali *inferior locus superiori servit;* e queste cause, secondo lui, sono: *lex, natura loci, vetustas quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.* Quale fosse il pensiero di PAOLO in ordine alla *vetustas* non è qui il luogo di esaminare e neppure sembra il caso di vedere se e fino a che punto una causa legale di servitù debba o possa combinarsi colla natura del luogo. Ora che la *lex* in questo caso possa essere soltanto la *lex colonica* o legge originaria di vicinanza nella distribuzione e assegnazione delle terre, oppure invece anche la legge come disposizione generale emanata dai pubblici poteri, sopravvenuta posteriormente alla distribuzione stessa delle terre, conviene avere il coraggio di affermarlo o di negarlo risolutamente. Intanto è opportuno avvicinarsi alla soluzione del quesito per via di approcci, come nell'arte della guerra si usa fare per l'assalto delle fortezze: poichè, quando il concetto giuridico della *lex* in questo caso sarà sbrigliato dai suoi legamenti e come tale potrà presentarsi all'occhio calmo del giurista osservatore, una sua decisione tornerà più facile e sicura. Prima di tutto dunque è d'uopo esaminare una ingegnosa, quanto audace, costruzione del concetto di *lex* in rapporto colla costituzione di servitù tra un *locus superior* e un *locus inferior:* costruzione messa innanzi dal BRUGI (1) e di cui è d'uopo rendersi conto senza indugio. Anzitutto, egli dice, in quel frammento PAOLO non intese punto di adoperare il verbo *servire* in senso vero e proprio di servitù legale, ma più veramente in senso improprio di rapporti di vicinanza o di dipendenza; poi, adoperando la parola *lex,* nel senso dei giuristi classici

(1) *Pel concetto di servitù legale:* appendice IV al lib. VIII, tit. 1° delle *Pandette* del GLÜCK da lui tradotto, pag. 147 e seg.

Digitized by Google

romani in generale, non volle scambiare il concetto di *lex* col concetto di contrattazione privata così caro ai bizantini e alla glossa, ma bensì volle, data la confusione delle varie specie di terreni, applicare le *leges* ordinate dai divisori del suolo pubblico anche a terreni in cui fosse a prima vista sembrato che non dovessero aver vigore ed efficacia se non rapporti di diritto meramente privati. Quanto a noi, vorremmo essere molto cauti prima di accettare tali conclusioni. Qui si tratta di rapporti tra fondi, derivanti dal deflusso delle acque piovane sopra una superficie in pendenza, e appunto PAOLO tratta di servitù connessa colla inclinazione dei luoghi, per i quali il dominante sia *superior* (sovrastante) e il serviente *inferior* (sottostante): e, per vedere se i rapporti sono di servitù vera e propria o meno, non bisogna fermarsi qui al principio del frammento, ma bisogna percorrere tutto quanto il frammento stesso ed esaminare i casi che in esso sono risoluti. Ai §§ 1 e 2 PAOLO riporta un caso, proposto a LABEONE, di un proprietario inferiore che non tiene purgata una vecchia fossa che ha per iscopo di raccogliere l'acqua pluvia, acciocchè questa, trovando impedimenti anche soltanto naturali nel fondo inferiore, non rigurgiti sul fondo superiore e non vi s'impaludi: e in tale ipotesi concede al proprietario del fondo superiore l'*actio aquae pluviae arcendae* perchè il proprietario del fondo inferiore purghi la fossa, oppure perchè permetta al proprietario del fondo superiore di rimettere la fossa stessa nello stato pristino, oppure anche soltanto di purgare la fossa (se è di confine) dalla parte del proprietario del fondo inferiore. Ora esaminiamo bene questo caso. I semplici rapporti di vicinanza, rapporti necessari per la natura e l'inclinazione dei luoghi, non possono spiegare l'onere, che il proprietario del fondo inferiore ha, *arcendi aquam pluviam* dal fondo superiore e di costrurre e mantenere una fossa *agrorum siccandorum causa:* ULPIANO infatti (L. 1, §§ 1-3, Dig. 39, 3), parlando delle condizioni necessarie per l'esercizio dell'*actio aquae pluviae arcendae*, dice che quest'azione ha luogo solo quando *manu facto opere agro aqua nocitura est*, ma non quando *natura aqua noceret.* Così, per sentenza di NERAZIO accettata da ULPIANO, se si fece un lavoro per evitare l'ingresso all'acqua solita a refluire

Digitized by Google

nel proprio fondo da una vicina palude, talchè questa palude, gonfiata dalla pioggia, ebbe l'acqua respinta sul fondo del vicino con danno del fondo stesso; in tal caso pure si ha l'*actio aquae pluviae arcendae*. Ma anche quì, come si vede, occorre un *opus factum* e non si tratta di condizioni, in tutto naturali, del suolo, per cui sia ammissibile concepire un regolamento generale e uniforme, dovuto a cause o ragioni di pubblico interesse per la sistemazione delle acque. Ancora: Q. MUZIO parla di opera d'aratro *agri colendi causa* e dice che per i danni prodotti da quest'*opus* (anche quì si tratta dunque di opera dell'uomo) non compete *actio aquae pluviae arcendae;* e TREBAZIO limita questa facoltà di fare impunemente l'*opus* con danno del vicino alla sola ipotesi di seminagione del frumento e non generalmente *agri colendi causa*. Questa ultima soluzione è poi confermata da LABEONE anche nel § 7 di questa stessa legge: talchè sempre si parla di manufatti e non di effetto spontaneo e naturale della configurazione dei luoghi. Il caso delle *fossae agrorum siccandorum causa factae*, di cui nel successivo § 4, poi, non ha nulla che fare coll'ipotesi, che ci occupa, della l. 2 pr., Dig. 4, 6: e pur nondimeno anche in questo frammento di PAOLO si parla di manufatti, e vediamo sempre ricorrere l'espressione di *opus*, di *opus factum*, di *opus manu factum*. Ora non è possibile nè si può avere il coraggio, trattandosi di opere artificiali e di manufatti, di dare alla *lex*, di cui parla PAOLO in principio di quel frammento, il significato di rapporto analogo a quelli di vicinanza semplice, prescindendo da una vera e propria servitù. Di vera e propria servitù appunto si tratta, quì, di rapporti di servitù. Infatti, il proprietario del fondo inferiore, in mancanza di un patto speciale che l'obblighi a sofferire e a mantenere una fossa, anche se la mancanza di questa fossa porti un rigurgito naturale delle acque torrenziali piovane dal fondo inferiore nel superiore (1), è libero,

(1) Che un tal rigurgito di semplice acqua piovana possa produrre un danno ad un fondo superiore *B D*, quando un fondo inferiore *D E*, confinante in *D*, non tolleri la costruzione e la manutenzione in *D* d'una *fossa agrorum siccandorum causa facta*, è di per sè evidente; qualora si supponga in *D* una profonda valle, in *A B D* un alto monte, in *B D* un ripido pendio e in *DEF* una collina con leggiera inclina-

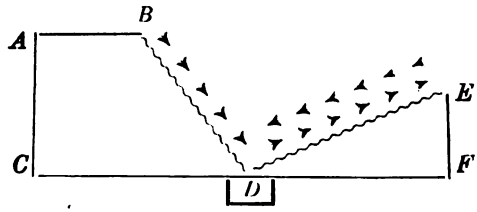
Digitized by Google

se pure la servitù non è costituita sopra il suo fondo in un modo qualsiasi permesso e ammesso dalla legge, di lasciare o togliere il fosso, di spostarlo, d'ingrandirlo o impiccolirlo a sua voglia, in forza del libero esercizio del suo diritto di proprietà. Ora, se si tratta di rapporti diversi da quelli di semplice vicinanza, anzi di rapporti che modificano quelli veri e propri di vicinanza (poichè per regola di vicinanza il proprietario del fondo inferiore è tenuto a sopportare il deflusso delle acque dal fondo superiore e a null'altro all'infuori di ciò), evidentemente dobbiamo trovarci in materia di servitù vera e propria, come risponde alla definizione da noi data in principio del presente lavoro.

Esaminiamo inoltre la l. 12 pr., Dig. 11, 7, di ULPIANO, nei commenti edittali, sull'argomento dell'*iter ad sepulcrum*. Se taluno ha un sepolcro senza avere una via che conduca ad esso ed il vicino gli impedisce d'andarvi (passando, ben inteso, per il fondo di esso vicino), l'imperatore ANTONINO e il padre rescrissero potersi domandare l'*iter ad sepulcrum*,

---

zione in *DE*. Il proprietario del fondo *DE* può costruire la fossa *D*, nel suo territorio e oltre il confine con *BD*, tanto *iure proprietatis* per evitare che il deflusso violento delle acque piovane gli asporti arbusti e semenze nel primo tratto di *DE*, quanto *iure servitutis* perchè abbia



NB. — Le freccie indicano la direzione delle acque.

convenuto o altrimenti nelle forme legali abbia costituito od ottenuto la sofferenza d'una servitù *agri B D siccandi causa*. Nella prima ipotesi, di apertura cioè della fossa *iure proprietatis*, egli è padrone e arbitro di richiuderla o di trascurarne la manutenzione come e quando vuole. Nella seconda ipotesi invece, vale a dire di apertura e manutenzione della fossa *iure servitutis*, conviene che il proprietario di *D E* rispetti la servitù così come è stata costituita e si sottoponga anche a quegli oneri di manutenzione che abbia in forma accessoria convenuto col vicino, ovvero lasci che il vicino stesso venga sul proprio fondo per farsi da sè la manutenzione della fossa.

Digitized by Google

ma soltanto a titolo precario: che questo passaggio si suole concedere e domandare da colui che ha il fondo congiunto, nell'ipotesi che il passaggio stesso non preesista. Ma questo rescritto, osserva il giureconsulto, accordando la facoltà di domandare, non conferisce una vera azione civile, ma solo ammette che il vicino sia interpellato straordinariamente, e dà al Preside della Provincia la facoltà di obbligare alla prestazione di un tale passaggio verso il pagamento di un giusto prezzo; sempre ad ogni modo che dal giudice si abbia riguardo alla opportunità del luogo, *ne vicinus magnum patiatur detrimentum.* Da ciò si vede come il giureconsulto, commentando il rescritto imperiale, ponga una grandissima attenzione ad evitare che i lettori corrano senz'altro al concetto di una servitù legale, forzata, obbligatoria; ha una gran cura di attenuare il significato e il valore della concessione di un tal passaggio, osservando che la domanda si fa e si concede solo a titolo precario, e cioè (L. 1 pr., Dig. 43, 26) fino a che piace al concedente. Il quale si può mettere in condizione tale da *pati magnum detrimentum,* destinando il suo fondo ad una utilizzazione che non comporti il passaggio altrimenti, e mettendosi in tale condizione può resistere alla imposizione di un tale onere dell'*iter ad sepulcrum:* e allora non vi sarà arbitrio di giudice, anche a fine di bene, che possa autorizzare una violazione tanto dannosa per il proprietario del fondo sul quale dovrebbe passare l'*iter*. Anche imposta una servitù precaria d'*iter* (finchè ciò è compatibile col divieto degli atti emulativi), il proprietario del fondo vincolato potrà cambiare lo stato di fatto del fondo, in guisa che la prosecuzione della servitù si presenti come onerosissima e possa negarsi senza dubbio qualsiasi azione diretta a riaverne l'esercizio.

Che del resto questo stato di cose sia strano e benanche incivile, non può negarsi: si dice che il vincolo è precario, eppure non si ha il coraggio di rendere impossibile in ogni caso l'intervento del giudice contro la volontà del proprietario serviente; si ammette l'intervento del giudice, eppure vi si mette come limitazione il danno grave del proprietario serviente stesso! Nè, quantunque di precario si tratti, è lecito al proprietario gravato da quest'onere di servitù reale

Digitized by Google

il ritirare a sè la fatta concessione e non voler sentir più parlare di una tale servitù: in altri termini, *rebus sic stantibus* da una parte e dall'altra, l'esercizio della servitù accordata dal giudice è permanente e non è precario. Nel precario invece la volontà del concedente di ritirare la fatta concessione è pienamente libera e non è vincolata a nessuna condizione di fatto o circostanza avente qualche valore od efficacia giuridica; si tratta di una concessione del tutto riposta nell'arbitrio del concedente, senza che altre cause estranee a questa volontà possano in qualche modo influirvi, e senza che altrimenti sia dato di sciogliere il vincolo. Ma intanto resta sempre fermo che non solo questo *iter* necessario non si può costituire con un *magnum detrimentum* del proprietario serviente, ma anche non può in tali condizioni dannose proseguire nella sua esistenza, di fronte ad un rifiuto del proprietario stesso, pur semplicemente col fatto di vietare l'esercizio della servitù. Basta questa possibilità di sconoscimento per farci concludere che qui non trattasi di una servitù legale, perchè una servitù legale non potrebbe nè estinguersi nè trasformarsi mai per beneplacito dell'onerato; e, se ciò avviene, dato pure che avvenga come conseguenza delle mutate condizioni di fatto, è sicuro indizio di non-esistenza di una servitù legale.

Servitù convenzionale neppure potrebbe chiamarsi, perchè, a meno che le parti non si accordino direttamente e da questo accordo non venga fuori un vero contratto, è il giudice che, valendosi della facoltà accordatagli dalla legge, fissa l'indennizzo e dichiara costituito il diritto di servitù. Del resto tutto risente dell'eccezionale, nel nostro istituto dell'*iter ad sepulcrum;* la stessa straordinaria cognizione del Preside della Provincia e l'impedita utilizzazione di qualsiasi azione civile rivelano a chiare note e in termini non equivoci che un sentimento di equità e di prudente arbitrio deve ispirare questa procedura, nello intento di conciliare la religione dei sepolcri colle esigenze del libero esercizio della proprietà. La cognizione straordinaria in materia di servitù, quando queste andavano pullulando sul tipo delle vecchie servitù di diritto civile romano, è già tale una grave anomalia, che ci persuaderebbe, se la legge non parlasse chiaro e con termini

Digitized by Google

precisi, ad escludere qui ogni concetto di servitù vera e propria. Eppure è strano: quelli stessi che si affaticano a dimostrare che nella l. 2 pr., Dig. 39, 3, si tratta non di vere servitù legali, ma più propriamente di rapporti vicinali, non sollevano eguale interpretazione a proposito dell'istituto contenuto in questa l. 12 pr., Dig. 11, 7, dove appunto vi sono delle posizioni le quali (e prima tra queste la precarietà) ripugnano con un vero e proprio concetto di servitù, che già di per sè accenna ad una sistemazione permanente, migliore e più decorosa senza dubbio di quella che può risultare per un semplice precario.

I testi principali adunque che si adducono per provare l'esistenza di servitù legali per diritto romano non concludono proprio nulla: e non vi è bisogno, per combatterne l'importanza, addurre l'uso improprio che i Romani facessero di *servitus* e *servire* (*servire itineri publico, servire publicis utilitatibus* presso i gromatici); come GIULIANO nella l. 86, § 4, Dig. 30, per la superficie, come la cost. 3, Cod. 8, 10, trattando delle distanze legali tra edifici. Per l'*iter sepulcro debitum* è nota l'incertezza degli stessi sostenitori dell'uso improprio, in questo caso, della parola *servitus;* trovando essi un grande ostacolo nella l. 4, Dig. 8, 6, ove s'intende certamente parlare di servitù proprie. Vero è che ULPIANO nella l. 1, § 23, Dig. 39, 3, osserva come sulle *conditiones agrorum* sogliano stabilirsi dei patti, p. e. il diritto di aver fosse od argini nel fondo vicino per regolare la sistemazione delle acque; e che, in mancanza di patto, si deve badare alla natura del terreno, *et semper inferiorem superiori servire,* per ragione di naturale incomodo compensabile con un comodo corrispondente. Infatti dal fondo superiore si scarica nell'inferiore non solo l'acqua sovrabbondante, ma anche la parte più grassa dell'*humus,* che dà vita e nutrizione ai vegetali. Se poi non vi fu convenzione (continua sempre PAOLO), *retustatem vicem legis tenere:* chi usò per lungo tempo della servitù *neque vi, neque precario, neque clam,* reputasi abbia acquistato la servitù stessa per lunga consuetudine, come se fosse stata legalmente imposta (*vel ex iure impositam*); e la riparazione degli argini va a carico dell'esercente il *flumen* benchè quelli trovinsi sul suolo altrui, *quasi servitus* dotata

Digitized by Google

della sua *actio utilis* e del suo *interdictum*. L'importanza di questo frammento di ULPIANO certamente non isfugge neppure a coloro che insistono sull'uso improprio della parola *servitus*: l'*actio utilis aquae pluviae arcendae* e l'*interdictum* rivelerebbero una servitù vera e buona, ma, trattandosi di un rapporto indipendente dal patto e dovuto alla *natura agri servanda*, esso, sanzionato *longa consuetudine*, è bensì obbligatorio e si connette ad una sistemazione territoriale permanente. Per caratterizzarlo in modo da farsi intendere, ULPIANO naturalmente non trova di meglio che spiegare trattarsi di una *quasi-servitus*, fornita di *utilis aquae pluviae arcendae actio* e anch'essa come tutte le vere servitù confortata dei rimedi interdittali, meno dei quali null'altro può darsi a tutela di un diritto. Quì dunque non si tratta di uso improprio della parola *servitus*, perchè il *quasi* ci mostra che non è il caso di riferirsi ad una servitù vera e propria: quì si tratta di un istituto simile alla servitù, della stessa indole di tutti gli altri istituti che si possono ritener costituiti in omaggio al principio *agri naturam esse servandam*. Vi è proprio necessità di chiamare queste, che non sono servitù ma quasi-servitù, servitù legali? No, certamente: basta determinare tali rapporti coll'appellazione generica di rapporti di vicinanza territoriale, rapporti necessari e naturali, pei quali la legge non interviene già allo scopo di crearli, ma di riconoscerne semplicemente l'esistenza: al quale scopo non è neppure necessaria una serie di disposizioni speciali, per quanti essi rapporti sono e per ogni singolo rapporto, ma basta una disposizione generica e universale per tutti i rapporti stessi.

La dimostrazione che questi rapporti naturali di vicinanza non hanno nulla che fare col concetto di servitù vera in genere o col concetto di servitù legale in ispecie può completarsi anche con altri argomenti: dai quali risulterebbe altresì che i Romani non erano tanto alieni dal concepire una sistemazione naturale dei rapporti tra fondi sotto forma generale e senza bisogno di uniformarsi sempre alle *leges* imposte dai primi ripartitori del suolo o di prendere queste *leges* come impronte di una falsariga. Gli agrimensori avranno determinato talvolta i *limites* per mezzo di *itinera* attraverso

Digitized by Google

campi, edifici e ville di privati, nell'ipotesi che a questa invasione di territorio privato conducesse la *ratio:* ma l'*iter ad sepulcrum*, p. e., può, nella sua origine, non avere avuto rapporto di sorta alcuna colle *leges* di ripartizione del suolo, sia perchè il sepolcro internato nei campi non era nelle abitudini regolari della vita romana, sia ancora perchè bastava il favore speciale alla religione dei sepolcri per tradurre un rapporto di vicinanza in un onere *itineris* vero e proprio. Oltre a ciò, esaminando la più corretta ricostruzione storica dei rapporti di vicinanza, si trova tanto da escludere che essi debbansi considerare come servitù vera e propria. Anzitutto, i rapporti di vicinanza, nel diritto romano arcaico e posteriormente, non furono modellati a tipo di diritto reale, nè ebbero protezione per la *servitutis vindicatio*, ma con azione reale sul tipo dei quasi-delitti: l'*actio aquae pluviae arcendae* non prova nulla, come vorrebbero i sostenitori di questa opinione, ma dalla l. 1, § 23, Dig. 39, 3, si rileva che concedevasi al vicino l'*utilis in rem actio* o l'*interdictum* ed evidentemente null'altro, e non i rimedi petitori che caratterizzano così bene la servitù, per le sue origini storiche, accanto alla proprietà.

In altri termini l'analogia di quei rapporti vicinali (*quasi-servitus*) colle servitù non si spinge oltre i limiti dell'*actio in factum* e dell'*interdictum:* oltre i quali rimedi non si avrebbe più un umile rapporto di vicinanza, ma qualche cosa di più nobile, di più elevato, di veramente (diremo così) quiritario. Abbiamo già detto del resto che per l'*iter ad sepulcrum* vi è un dubbio fortissimo che di vera servitù si tratti e non di quasi-servitù nè di semplice rapporto di vicinanza, stante la sicurezza delle fonti nel qualificare come *servitus* una tale posizione giuridica. Si aggiunge peraltro che per la l. 4, Dig. 8, 6, questa specie di servitù (ed è Paolo che parla nei suoi commenti edittali) *non utendo nunquam amittitur:* e si dice che, siccome le servitù si perdono col non-uso, non perdendosi quest'*iter* pel non-uso, esso non costituisce servitù vera. L'argomentazione ci sembra un po' fiacca: perchè, se è così eccezionale questo diritto, che si costituirebbe per la l. 12 pr., Dig. 11, 7, in modo da sembrare e non esser precario, e perciò da contraddire e non

Digitized by Google

contraddire alla cosiddetta *causa perpetua;* molto più sarà ammissibile che il favore speciale elargito dalla legge a questo rapporto giuridico conduca a dare un carattere di resistenza al diritto di fronte al non-uso. Così si hanno due manifestazioni giuridiche in contrasto: la precarietà, da una parte, della concessione, sulla quale tanto bene si accentua il testo; e dall'altra la facoltà di usare se e quando si vuole di questo *iter* senza rischiare mai di perderlo, concesso che sia dal magistrato. A queste considerazioni aggiungasi l'altra che, mentre le anzidette servitù legali, ossia quelle che derivano soprattutto dall'ubicazione dei luoghi, si esercitano da una parte e si sopportano dall'altra senza che per ciò sia necessario alcun compenso o indennità, l'*iter ad sepulcrum* si ottiene soltanto verso la prestazione di un *iustum pretium.* Parliamoci dunque chiaramente: questo *iter ad sepulcrum* costituisce un diritto che non è diritto di vicinanza e che non è neppure vera e propria servitù. Che se i compilatori disciplinarono questo istituto, per la costituzione sua, sotto il titolo — *de religiosis et sumptibus funerum* — e per la estinzione sotto il titolo — *quemadmodum servitutes amittuntur* —, questo rivela appunto che l'incertezza loro e la smania di sintetizzare anche inesattamente per le pretese o ritenute esigenze dei titoli li ha condotti a far supporre che non avessero un'idea giusta e precisa dell'*iter ad sepulcrum* e della sua configurazione giuridica e che si contentassero colle disposizioni da essi raccolte di dare delle norme in tutto empiriche e sufficienti appena a disciplinare e risolvere le controversie forensi.

172. Per distinguere i rapporti di vicinanza dalle vere servitù si ricorre poi anche ad argomenti desunti dagli atti di ultima volontà. Può farsi un legato senza la servitù di via e anzi è permessa l'*ademtio* di questa *servitus;* mentre un legato non potrebbe alterare le condizioni di viabilità per i rapporti di vicinanza, e quindi anche il passo necessario, come espressione più diretta e più forte di queste condizioni di viabilità necessaria. Oltre a ciò le servitù prediali non sorgono tacitamente negli atti di ultima volontà e nei contratti e debbono essere indicate nominativamente o quasi,

Digitized by Google

mentre il passo necessario non esige punto di essere costituito per espressa indicazione delle parti e può anche sorgere di diritto nel silenzio delle parti stesse e anche contro la volontà di esse. Nella l. 81, § 3, Dig. 30, GIULIANO dice che, se un testatore legò un fondo eccettuato l'edificio, col nome di edificio egli intese indicare o la superficie od anche il suolo sopra il quale giace l'edificio. Che se egli intese di eccettuare dal legato la sola superficie, tuttavia il legatario rivendicherà tutto il fondo *iure legati;* ma l'erede, contrapponendo al legatario l'eccezione di dolo malo, otterrà di abitare nella villa coll'*iter* e coll'*actus in ea.* Se poi fu eccettuato anche il suolo, il legatario rivendicherà il fondo eccettuata la casa *et servitus ipso iure villae debebitur*, come se il proprietario di due fondi ne abbia legato uno col peso della servitù verso l'altro. In caso di dubbio poi il giureconsulto dice doversi ritenere che il testatore abbia inteso di eccettuare anche il suolo, *sine quo aedificium stare non potest.* GIULIANO dunque ritiene che l'*iter* e l'*actus* per la villa siano spettanti alla casa ossia a chi ha il diritto di abitare nella casa stessa, o che nel legato a favore di costui sia stato escluso il suolo o la superficie soltanto. Ora qui si tratta senza dubbio di un rapporto di vicinanza perchè la villa, o, meglio, l'edificio della villa si trova certamente entro il fondo di cui si tratta, e questo rapporto di vicinanza è chiamato servitù; servitù la quale sembra sorgere per destinazione del padre di famiglia analogamente a quanto accade per la l. 36, Dig. 8, 3. Esaminando bene questo frammento, noi ci accorgiamo che qui l'*iter* e l'*actus* si trovano in tale una posizione giuridica, da non adombrare se non molto imperfettamente il rapporto di servitù. Infatti colui che esercita l'*iter* e l'*actus*, ossia l'erede, rappresentante la persona del *de cuius*, si trova di fronte al legatario quasi come il *de cuius* stesso, in vita, si sarebbe trovato di fronte a un donatario: e, come questi prima della consegna della cosa donata aveva l'*iter* e l'*actus* sulla cosa stessa e sul territorio del fondo *iure proprietatis*, così *iure proprietatis* esercita l'uno e l'altro di questi due diritti il proprietario erede, prima che il legatario faccia valere la rivendicazione del fondo legato. E questo diritto che prima aveva *iure proprietatis* l'erede, esercitato poi, dopo la riven-

Digitized by Google

dicazione fatta dal legatario, *iure servitutis*, non è se non la conseguenza implicita della disposizione a titolo di legato di cosa, la cui destinazione nelle sue singole parti, villa cioè e territorio, preesisteva e alla disposizione del legato e alla morte del *de cuius* e perfino all'adempimento del legato stesso.

Alla peggio, l'interpretazione della volontà del defunto, decisiva in materia testamentaria, può bastare senz'altro per dar spiegazione di questa servitù dell'*iter* e dell'*actus* costituita a favore dell'erede contro il legatario: e se l'adempimento di questa volontà coincide colle esigenze della situazione dei luoghi, senza difficoltà alcuna potrà esserne considerato come l'effetto. È dunque priva affatto di valore la considerazione che, per escludere il passo necessario dal novero delle servitù, allude ad una destinazione del padre di famiglia; se il *de cuius*, mediante la sua disposizione testamentaria, ha messo il legatario in condizione di dover somministrare il passo all'erede, perchè l'edifizio resti isolato in mezzo al terreno spettante al legato stesso, questo fatto non è indice di rapporto necessario in tutto e in tutto indipendente dalla volontà dell'uomo. Per gli *iura itinerum* invece è naturale che si voglia accennare, come per tutti i diritti di vicinanza, ad una sistemazione giuridica indipendente da un negozio giuridico prodotto direttamente dalla volontà umana all'infuori di ogni stato di necessità: necessità vi era, trattavasi di rapporti indispensabili, e quindi non dovevasi affatto sentire il bisogno di ricorrere alla disciplina delle servitù. Tuttociò senza andar punto a ricercare se la costituzione del passo debba o no avvenire per volontà delle parti, e se la volontà delle parti risponda a criteri di libera elezione oppure non sia fuorchè l'eco della situazione dei luoghi. Al disopra e all'infuori dell'*iter* e dell'*actus* per destinazione del padre di famiglia conforme a natura, vi è un *iter* e un *actus* sempre conforme a natura ma sul quale non può la destinazione del padre di famiglia: e questo serve di prova migliore e piena della differenza vera e grande tra servitù e diritti di vicinanza. Del resto, il rapporto tra l'evoluzione storica della vicinanza e la prima fissazione dei diritti di vicinanza e la parte sostenuta dallo Stato prima e dai privati poi nel rego-

Digitized by Google

lamento di un tal rapporto di vicinanza non toglie nulla alla saldezza di questi principî e a questa concezione generica dei rapporti di vicinanza suddetti. Lo Stato e le parti possono sistemare infatti in un modo o nell'altro tali rapporti di vicinanza (*iura itinerum et aquarum*), ma questi rapporti debbono ad ogni modo essere disciplinati e regolati perchè funzionino praticamente.

I Romani giustamente si astennero dallo elevare ad organizzazione di servitù i *iura itinerum et aquarum*, che pur avevano le loro *leges*, ossia i loro regolamenti pattizi o legali, per le varie unità territoriali e colturali separatamente: ragione per la quale potevano autorizzare una dommatica speciale, che non ebbero perchè non era necessaria, mentre ritennero doversi servire del concetto di *vetustas*, di cui si parlerà a proposito della usucapione delle servitù, ricercando altresì se quella sia o no la vera sede per tenerne proposito. Resterebbe dunque di esaminare come mai il vero concetto di servitù legale sia cominciato, e donde, nella giurisprudenza che lo trasmise alle moderne codificazioni. Anzitutto è bene notare che la necessità d'invocare l'autorità della legge per la costituzione di siffatte servitù si deve soprattutto alla tendenza folle dell'epoca moderna di ricondurre più che sia possibile, anche nella costruzione giuridica degli atti volontari e non solo degli istituti subìti dalla volontà umana, tutta l'energia efficace del rapporto di diritto che dalla relativa situazione sorge non già alle esigenze della natura e della consociazione, ma al precetto della legge, in sè considerato: come se il precetto della legge, all'infuori dei bisogni dell'individuo e della società, e delle condizioni di fatto della vita, potesse avere una ragion d'essere, un'esistenza, una virtù tutta sua particolare e fornita di vitalità e di attitudine perenne a produrre certi determinati effetti esteriori. Il feticismo della legge e del regolamento è l'incubo vero del periodo storico che la scienza e la pratica del diritto attraversano: è una tirannide dalla quale conviene emanciparsi per riportare la vita del diritto al suo naturale svolgimento, alla sua missione certa e perenne, alle sue funzioni regolatrici normali e inalterabili. Storicamente poi, schiacciata la prepotenza feudale e quindi aboliti gli oneri e le prestazioni

Digitized by Google

del vassallo verso il suo signore (prestazioni e oneri che, anche quando avessero per oggetto i fondi, pur mantenevano un'impronta personale prevalente), si vide la necessità e la opportunità di restaurare l'impero della legge quasi per sopraffare l'arbitrio della prepotenza. Ma fin dapprincipio si avvertì che le cosiddette servitù legali in tanto erano considerate come tali, in quanto erano dipendenti da ragioni di diritto naturale: e sovente invece di servitù legali si amò chiamarle servitù necessarie, con maggiore buon senso e con minor pericolo di equivoci. E si disse che a riguardo di esse s'intendevano seguire gli usi stabiliti dalle leggi romane o attorno alle leggi romane: ma queste divennero piuttosto consuetudini locali che potevano anche differire da luogo a luogo.

Così in Francia, secondo la consuetudine di Beauvoisis, riportata dal BEAUMANOIR e importantissima per la storia dell'antico diritto francese, la facoltà di attingere acqua al pozzo del vicino non importava già l'esercizio di un diritto di proprietà, ma solo un diritto possessorio; nelle campagne ciascuno doveva ricevere i suoi stillicidi o grondaie nel proprio fondo, mentre nelle città il diritto di vicinanza spingevasi fino all'appoggio, e, se la casa del vicino non fosse per oscurazione divenuta inabitabile, potevasene oscurare il lume con qualsiasi sopraelevazione. Il condotto e lo smaltitoio della propria cucina non potevasi dirigere nella casa o nel chiuso del vicino; nè potevasi impedire a vicini di fare aperture o finestre sopra un giardino proprio, purchè la libertà di esso non fosse peggiorata, poichè in questo caso i vicini dovevano contentarsi di praticare una vetrata. Introdottosi il diritto romano nella Gallie, v'influì sensibilmente anche nella disciplina della servitù; però la contiguità delle case, costituente la differenza col sistema edilizio romano, doveva far sviluppare nuovi rapporti di vicinanza a quel diritto sconosciuti. Dapprima per la sola città di Parigi si escluse la prescrittibilità delle vedute e delle grondaie; e quindi tale imprescrittibilità si estese in quella città ad ogni maniera di servitù. La nuova consuetudine di Parigi rigettò tuttavia la prescrizione della servitù e per la città e per la campagna: il qual sistema, benchè limitato da molte

Digitized by Google

eccezioni, formò lungamente la regola dei paesi retti dal sistema consuetudinario. Nuovi usi sorsero nelle grandi città e nella capitale per la salubrità delle case e per garanzia di esse dagli incendi: molti regolamenti di uso comune e di pascolo, di confinazione e di siepi di separazione sorsero per il regolamento della proprietà rustica. La *coutume* di San Clemente nell'Alvernia stabilì che al proprietario del fondo superiore appartenesse il limite tra due fondi, per quanto i piedi del suo signore si potessero estendere standovi egli sopra: nel che vollero scorgere una traccia dei *quinque pedes* del diritto romano, come zona attribuita per metà ai due confinanti.

Si tenne fermo che il proprietario inferiore non potesse turbare il deflusso naturale delle acque dal fondo superiore alzando dighe per arrestarne lo scolo, e che il proprietario del fondo superiore non potesse danneggiare l'inferiore dando alle sue acque nè un corso diverso nè una rapidità maggiore: le distanze degli alberi di confine, la comunione di vicinità del muro, la limitazione nell'altezza e nella direzione nelle vedute, il limite di altezza nelle case della capitale, il passaggio temporaneo sui fondi vicini durante l'inutilizzazione d'una strada pubblica, il passo necessario per il transito dei soli vicini, furono altrettanti diritti disciplinati dalla consuetudine. La *coutume* d'Auxerres stabiliva la servitù di passaggio per lavorare, seminare e sgombrare fondi interclusi: ma, anche per la consuetudine di Troyes, disputavasi se occorresse assoluta impossibilità o soltanto impossibilità relativa di passare altrimenti; e, invocando la l. 53, § 1, Dig. 19, 1, relativa al *sepulcrum*, si venne alla conclusione che il passaggio coattivo si potesse pretendere solo in mancanza di qualsiasi altro mezzo di transito, anche più lungo: la qual cosa fu riconosciuta anche dalla dottrina, ma temperata in varie occasioni dalla giurisprudenza che tradusse il concetto della impossibilità in quello di una difficoltà estrema. Circa poi agli edifizi, si obbligò a ciascuno tale manutenzione dei propri fondi, che i materiali distaccandosene non potessero danneggiare i vicini; e, in caso di minaccia di rovina, si rese obbligatoria la demolizione previo puntellamento: al vicino si dette anche per autorizzazione

Digitized by Google

giudiziale di procedere egli al puntellamento della casa vicina pericolante, con rimborso privilegiato sulla casa stessa delle spese per tale scopo sostenute. Nè la mancanza d'intimazione per messa in mora salvava il proprietario di una casa già pericolante, caduta, dalla riparazione dei danni per tal modo prodotti ai vicini, poichè lo stato dei luoghi equivaleva quasi alla messa in mora.

Nella costruzione in casa propria di opere che per l'umidità o per l'ingrato odore potessero danneggiare una casa vicina, oppure che potessero esporla a pericoli d'incendio, dovevano usarsi talune precauzioni, varie a seconda delle *coutumes;* nella maggior parte dei paesi di diritto scritto adottavasi peraltro la consuetudine di Parigi, sia perchè le sue disposizioni erano tratte più fedelmente delle altre dal diritto romano, come perchè le condizioni di fatto dell'edilizia in quella capitale, combattuta tra la molteplicità degli edifizi e la penuria del terreno, domandavano una serie di provvedimenti completi e rispondenti a tutti i bisogni. Regole di ogni specie si riferirono altresì ai pozzi, alle fosse dei cessi, ai camini, ai forni, alle forgie e fornelli, alle cloache e alle grondaie, alle scuderie e alle stalle: i limiti alla profondità dei pozzi non si ritennero già richiesti senz'altro dal danno prodotto ai vicini col taglio delle vene d'acqua, ma soltanto da ragioni d'ordine pubblico, perchè cioè l'uno non avesse acqua più del necessario mentre l'altro ne mancava. A Parigi poi eranvi dei regolamenti speciali per i pozzi e per le latrine; e questi regolamenti, contenuti nella *coutume* della capitale, ben presto dalla giurisprudenza e dalla pratica furono estesi a tutte le altre città della Francia; talchè questo stato edilizio per noi rappresenta quasi un periodo di transizione dalle regole principalmente di ragion privata, le quali disciplinavano la materia presso i Romani, alle regole di ragion pubblica o regolamenti propriamente detti, che si debbono appunto al sistema legislativo francese e il cui abuso si fa in oggi sommamente temere a causa dell'eccessiva ingerenza che si accorda allo Stato anche in affari che più presto interesserebbero i privati e dovrebbero essere abbandonati alla libera elezione di costoro. E la storia della vita del diritto in Francia prima della grande codificazione napoleonica è

Digitized by Google

di capitale importanza per il lavorio interno che si vede effettuato da una idea giuridica prima di entrare a far parte del patrimonio della codificazione nazionale: lavorio affidato alla consuetudine, completato dalla giurisprudenza, armonizzato e riordinato dalla dottrina sulla guida fedele della romana sapienza.

173. Non è qui il luogo di percorrere una ad una le varie servitù, per esaminare come i relativi rapporti sorgessero in Francia dalla consuetudine, tradotta nelle diverse *coutumes* locali, come si applicassero nelle decisioni dei Parlamenti provinciali, e qual contingente ne traesse la dottrina e la legislazione napoleonica: questa indagine, se sarà il caso di farla, non potrà farsi che a proposito di ogni singolo istituto o servitù. Certo è che, prima assai che il vero regolamento edilizio o di polizia rurale venisse a informare le *coutumes*, o queste stesse o la giurisprudenza, senza e prima di esse, doveva, anche in armonia col diritto romano, attendere allo sviluppo dei rapporti naturali o necessari di vicinanza, massime in superficie molto estese, e perciò nelle campagne: che il regolamento edilizio o di polizia precedesse l'applicazione delle norme di vicinanza, secondo il diritto romano, è impossibile. La tendenza del diritto romano a divenire diritto comune in Francia caratterizza appunto tutto quanto il periodo preparatorio alla codificazione e precede il concetto del regolamento, ch'è tutto un concetto moderno e attiene alla supremazia dello Stato sull'individuo nel meccanismo della vita giuridica e civile. Ma la dottrina impedì coraggiosamente che la giurisprudenza si cullasse nel marasmo delle applicazioni empiriche, anche prima della codificazione: e l'illustre POTHIER (1) credette di riconoscere la vicinanza come un quasi-contratto producente obbligazioni reciproche tra vicini; prima tra le quali quella per il regolamento del confine e poi altre tre categorie complessive. Una prima categoria comprenderebbe tutto ciò che attiene all'uso del proprio fondo senza danneggiare il fondo altrui:

(1) 2ª Appendice al *Traité du contrat de société* (in *Œuvres*, II, p. 457 e seg.); Bruxelles 1831.

Digitized by Google

p. es. restauri della propria casa senza altrui danno (L. 61, Dig. 50, 17), *actio aquae pluviae arcendae*, divieto delle immissioni, osservanza di distanze obbligatorie, taglio dei rami degli alberi e via dicendo. Una seconda categoria dipenderebbe dalla regola che, se il vicino avesse un bisogno indispensabile di far passare attraverso la casa dell'altro vicino operai per edificare o riparare la casa propria, non gli si potrebbe impedire simile agevolezza, salvo a indennizzarlo dei danni che per tal ragione fosse per soffrire. Questa categoria però sembra si possa generalizzare anche più, estendendo la facoltà del vicino d'invadere il fondo dell'altro vicino e passarvi, tanto se si tratti di casa quanto se si tratti di terreno, così se si voglia farvi passare degli uomini, come se si voglia farvi passare delle bestie o del materiale, ed anche se non di semplice passaggio o se non di passaggio si tratta, ma anche di qualche altra invasione della proprietà altrui. Lo stesso POTHIER in questa categoria annovera il diritto di passare attraverso il fondo del vicino in caso di guasto della strada pubblica e fino a che un tale guasto dura (L. 14, § 1, Dig. 8, 6). Nella terza categoria poi di vicinanza dovrebbero comprendersi quei casi nei quali taluno è obbligato a vendere qualche cosa al vicino, come nell'ipotesi di comunione coattiva del muro. Ora la teoria del POTHIER sin dal primo aspetto ci si presenta con apparenze ben lusinghiere. O l'uso del proprio fondo, o l'invasione del fondo altrui, o la comunione del muro sono, dopo il regolamento del confine, altrettante forme sotto le quali il rapporto di vicinanza si manifesta: la ricostruzione non potrebbe essere nè più semplice nè più chiara. Resta però a vedere a seconda di quale criterio queste funzioni riconoscano la naturale vicinanza dei luoghi come l'occasione o come la causa dell'esistenza loro; in altri termini in quale rapporto le funzioni stesse si trovino col concetto di servitù legale, col concetto di servitù volontaria o con un concetto eventuale del tutto diverso dalla servitù così legale come volontaria. Anzitutto, a tale riguardo, conviene osservare che in questi rapporti di vicinanza v'ha un *minimum* di necessario che la legge, facendosi eco delle naturali necessità, impone; e che, oltre questo limite minimo, può liberamente spaziare la conven-

Digitized by Google

zione libera delle parti, salve le limitazioni generiche imposte a tutti i *negotia iuris* nel pubblico interesse. V'ha altresì una certa possibilità di modificare per convenzione di parte anche questo *minimum* di disposizioni della legge relative al regolamento della vicinanza nell'interesse privato? L'esempio ricorre facile e pronto. Può tra due vicini pattuirsi che le distanze delle piantagioni da farsi dall'uno o dall'altro di essi o da entrambi nel rispettivo fondo siano inferiori, o, meglio, possano essere inferiori a quelle determinate dalla legge? Certamente, come potrebbe pattuirsi anche una distanza maggiore della legale: e questo accade perchè l'interesse pubblico nulla ha da reclamare in tal caso, per quelle che possano essere le distanze tra la piantagione e il confine; essendo stato intendimento del legislatore di colmare in tal caso il silenzio delle parti e non già di sostituirsi alla loro volontà. Or, siccome, quando si ha un rapporto giuridico di distanza, il rapporto è unico, nè si può scindere quella parte che in esso v'ha di volontario da quella parte che v'ha di necessario, quando si rispetti il *minimum* delle distanze fissato dalla legge nel silenzio delle parti; così in questo rapporto che potrebbe sembrar misto, perchè comprende in sè anche il precetto della legge, noi troviamo prevalente l'impronta della volontà umana e diciamo che questa assorbisce tutte le altre vedute e che informa il rapporto di vicinanza. Siamo dunque in tema di una vera servitù convenzionale o *ultra legem* o *contra legem:* e nulla divieta che la stessa posizione giuridica, anzichè dalla convenzione, sia prodotta dalla destinazione del padre di famiglia. Questi rapporti di vicinanza sono infatti generati dal concetto, come si disse, di supplire al silenzio dei privati per evitare che i privati stessi potessero venire in collisione tra di loro e che il disordine s'impadronisse del sistema territoriale e autorizzasse la prepotenza e le usurpazioni del più forte. Ma, allorchè la volontà dei privati in un modo qualsiasi si è pronunciata, anche in opposizione alla legge, non v'è più motivo alcuno di disciplinare con regole determinate ciò che le parti stesse disposero. L'opposto accade quando le disposizioni della legge mirano a conciliare l'interesse dei privati coll'interesse pubblico: quest'ultimo non come risultante dalla composizione

Digitized by Google

dei vari interessi privati, ma come a sè e contrapposto a questi interessi privati stessi, siccome rispondente a disegni e a finalità di genere ben diverso. Di questa specie è la prescrizione delle distanze tra case nell'abitato delle città, dei villaggi, o dei sobborghi. I privati, nelle distanze tra i fabbricati, non possono avere di mira che la più conveniente distribuzione della luce e dell'aria a seconda dei loro interessi; mentre i pubblici poteri, più che questi interessi privati, hanno in mira l'interesse pubblico di evitare le intercapedini pericolose alla sicurezza generale. Dunque diverso è lo scopo dei privati e della legge, e qui non è dato ai privati di sostituire la loro volontà all'interesse pubblico; essi non possono patteggiare tra loro che dall'una all'altra delle case rispettive si formi un'intercapedine: mentre, come si è visto, possono patteggiare benissimo che la distanza degli alberi del confine sia inferiore alla minima indicata dalla legge, appunto perchè in tal caso la legge stessa non è se non interpretativa della loro volontà e del loro interesse.

Questa differenza di struttura può esserci rivelatrice del concetto moderno di ciò ch'è veramente servitù legale, in quanto significa propriamente regolamento della proprietà per ingerenza del potere pubblico e del tutto all'infuori della volontà delle parti. In tal caso le parti non fanno se non mettersi in tali condizioni di fatto, che rendano possibile l'azione ossia l'applicazione della legge; poichè la realtà fisica della vicinanza è da esse voluta e da esse cercata, grazie alla preesistenza dell'una casa all'altra. Ed è appunto questa posizione di fatto volontaria nella parte sopraggiunta e che deve rispettare il regolamento, il dato essenziale che agli occhi del POTHIER costituisce il quasi-contratto della vicinanza. Ma il concetto di quasi-contratto, se si vuol completo, non deve solo intendersi in rapporto tra il privato che edifica e il privato che ha edificato, bensì anche tra quello e lo Stato. Infatti, se quasi-contratto s'intendesse soltanto nei rapporti tra privato e privato, i due privati potrebbero certamente con un contratto distruggere gli effetti di un quasi-contratto: mentre, intendendo il quasi-contratto nei rapporti collo Stato, questi non può convenire col privato per evitarne le conseguenze se non abrogando la legge che regola le di-

Digitized by Google

stanze delle case e spostando così le basi del quasi-contratto stesso fin dalla sua origine, oppure rendendone impossibile la formazione grazie al toglier di mezzo ogni vincolo, ogni inceppamento alle costruzioni per rapporto di distanza. Ma un quasi-contratto inteso così anche nei rapporti collo Stato non è un concetto estraneo allo stesso diritto romano, che fin dalle dodici tavole riconobbe la necessità di un regolamento edilizio anche a base di distanze tra un edificio e l'altro: il regolamento che il diritto romano non conobbe mai, nel suo buon senso, è il regolamento moderno alla francese, che, anche all'infuori di ogni ragione di pubblico interesse, impone ai privati certe determinate regole di condotta quanto al loro privato interesse, quasichè i privati stessi non bastassero da sè a provvedervi e anzi d'ordinario non vi provvedessero assai meglio dello Stato. Che questi si arrogasse il còmpito di tradurre in leggi interpretative della volontà dei privati, in insegnamenti legislativi o presunzioni *iuris tantum* di quella volontà talune massime o punti di condotta nei rapporti patrimoniali, potrebbe anche intendersi: ma non si può intendere ad ogni modo che tali norme ai privati s'impongano necessariamente ed obbligatoriamente. Ora, ciò premesso, il concetto del POTHIER tanto più corre, inquantochè, se ammette un quasi-contratto nei rapporti collo Stato, accanto allo stesso quasi-contratto nei rapporti col privato, evidentemente viene a supporre che lo Stato agisca per proprio interesse ossia nell'interesse della comunità politica che rappresenta, e non nell'interesse del privato stesso che ha l'edificio già compito e che si trova al caso di provvedere da sè non meno efficacemente all'interesse proprio. E se lo Stato ha un interesse staccato da quello del proprietario della fabbrica preesistente, ben può da sè stesso mettere il novello costruttore in posizione quasi-contrattuale irrevocabile di fronte alla legge e distintamente o indipendentemente da ogni rapporto quasi-contrattuale o contrattuale col proprietario del fondo preesistente stesso. E qui, trasportandoci nel diritto romano, è bene opportuno avvisare alla somiglianza che corre tra la *lex* o il patto di assegnazione delle terre ripartite, la *lex* decemvirale (taglio dei rami degli alberi, *collectio glandis procidentis in alienum fundum*) e le posteriori per i rap-

Digitized by Google

porti di vicinanza. L'assegnazione delle terre pubbliche ai privati, benchè fosse un fatto d'indole per sè prevalentemente patrimoniale, tuttavia rasentava il diritto pubblico ed era una delle più importanti manifestazioni di vera economia politica nella distribuzione della ricchezza nazionale consistente nel suolo conquistato ai popoli vinti. Questo territorio non poteva certamente essere tenuto dallo Stato stesso come persona suscettibile di rapporti patrimoniali propri e indipendenti dai rapporti dei cittadini singoli, e *iure privatorum:* poichè si trattava di una massa ingente di patrimonio la cui amministrazione diretta avrebbe certamente distolto lo Stato romano dai suoi fini di espansione politica e militare, e neppure per certo si concilierebbe coll'organismo di uno Stato moderno o di qualsivoglia forma di Stato. Resa pertanto indispensabile per pubblico diritto la ripartizione delle terre tra i cittadini, vi si prefiggevano delle regole le quali riguardavano il passo necessario ed altri rapporti di vicinanza tra concessionari: erano norme radicate sul diritto pubblico ma che estendevano il loro campo di operazione nel diritto privato, in un campo così vasto, che troppo naturale era l'applicazione delle medesime norme, come suggerite dalla natura stessa dei luoghi e ispirate per le necessità sociali, anche alla proprietà svoltasi o all'infuori dell'assegnazione dello Stato o in epoca assai lontana da una tale assegnazione. Anzi nei rapporti delle stesse terre assegnate, quando molto remoti dal tempo dell'assegnazione, poteva verificarsi bensì uno spostamento di luoghi, ma le stesse regole di buon vicinato dovevano imperare sul territorio anche dopo lo spostamento dei confini: fino a che (e ciò accadde ben presto) quelle norme che originariamente dovevansi a veri e propri atti d'impero dello Stato passarono nelle abitudini della vita e dell'esercizio del diritto di proprietà. Ecco la storia della consuetudine prima e quindi della legge dei rapporti di vicinanza: lo Stato innanzi costituisce i patti delle concessioni, uniformandosi alle abitudini e ai bisogni dei concessionari; poi avvengono gli spostamenti dei confini e si sposta anche la sfera d'influenza dei patti di concessione; indi ancora lo Stato non fa più caso alcuno dei patti di concessione e abbandona al solo interesse dei privati i rapporti di vicinanza dei

Digitized by Google

fondi concessi; indi ancora, sparita ogni traccia delle vecchie concessioni, la legge-patto che regolava i rapporti di vicinato diventa senz'altro legge non più di concessione, ma legge che regola i rapporti tra privati nel loro reciproco interesse, legge nel senso moderno di norma generale obbligatoria per tutti, anche per coloro che non entrarono in rapporti di concessione collo Stato o non ebbero causa dai concessionari dello Stato stesso e acquistarono la proprietà (a mo' d'esempio) da popolazioni indigene nelle provincie soggettate e nel territorio non appropriato al popolo romano. Quanto più il rapporto di vicinanza si allontana dall'epoca della concessione, quanto più si estende anche a rapporti giuridici di proprietà costituiti per via diversa dalla concessione dello Stato, e tanto più si rende possibile una legislazione, obbligatoria per tutti, sui rapporti di buon vicinato. E allora, per quei rapporti che sono determinati in forma invariabile dalla legge, nell'interesse generale della sistemazione della proprietà territoriale, si ritenne il concetto della servitù legale: la cui configurazione si prestava senza dubbio all'ipotesi di un quasi-contratto, nel senso che il privato, ponendosi di sua volontà nelle condizioni previste dalla legge, venga implicitamente ad assoggettarsi alle disposizioni e alle regole di vicinanza dalla legge stessa designate. Il concetto che taluno, assoggettandosi alle condizioni volute dalla legge, si metta in rapporto di quasi-contratto, se fosse applicato generalmente a tutti i casi nei quali una data norma si rende obbligatoria pel cittadino quando egli si pone nelle condizioni dalla legge stessa previste, snaturerebbe il concetto della legge come di precetto emanante dalla suprema autorità dello Stato: ma la sua applicazione in materia di rapporti di vicinanza è possibile, perchè all'infuori del precetto obbligatorio del potere pubblico, prima di esso, contemporaneamente ad esso e dopo di esso, vi è il rapporto effettivo o di fatto tra i privati confinanti, ch'è la finalità e l'efficienza del regolamento stesso legale. Il rapporto quindi, benchè quasi-contrattuale anche verso lo Stato a causa della irrevocabilità e inderogabilità per volontà di privati delle norme che lo governano, assume tuttavia la sua fisionomia unitaria dalle condizioni di fatto alle quali provvede e che

Digitized by Google

ne sono ad un tempo il prodotto; e perciò può ben dirsi, come ritenne il POTHIER, che il rapporto quasi-contrattuale prevalga e informi tutto quanto il sistema delle cosiddette servitù legali o rapporti obbligatori di vicinanza, la cui tutela i Romani non affidarono già ad azioni reali come quella della servitù ma bensì ad azioni personali, o esercitarono per mezzo di *cognitio extra ordinem.*

174. Il Codice Napoleone distingue le servitù in servitù che derivano dalla situazione naturale dei luoghi, servitù che derivano da obblighi imposti per legge, e servitù che derivano da convenzioni tra i proprietari (art. 639), trascurando l'elemento della *vetustas* che si trova nella trinomia di PAOLO al pr. della l. 2, Dig. 39, 3. Delle servitù legali poi dette nell'articolo 649 una nozione che il nostro legislatore ha copiato alla lettera nell'art. 533 Cod. civ., solo lasciando nella penna il concetto di utilità comunale, posto dal Codice Napoleone accanto a quello di utilità pubblica: e nell'art. 650 lo stesso Codice francese specificò assai dettagliatamente le servitù destinate alle esigenze dell'utilità pubblica, seguìto in ciò al modo stesso dell'articolo precedente dall'art. 534 del nostro Codice civile. Ma la differenza sta tra gli art. 651 e 652 del Codice Napoleone da una parte, e l'art. 535 del nostro Codice dall'altra. Il Codice francese ha creduto opportuno esprimere che la legge assoggetta i proprietari a differenti obbligazioni l'uno rispetto all'altro, indipendentemente da qualsiasi convenzione: il nostro legislatore ha ritenuto o inutile o pericoloso metter fuori un tale concetto, sul quale tuttavia riposerebbe il vero concetto della servitù legale nel gius civile, se il gius civile potesse averne. Eppure il Codice francese giunge persino a classificare in due categorie le servitù legali aventi per iscopo l'utilità dei privati, o, per dir meglio, le obbligazioni (così gli art. 651 e 652) che ne costituiscono la efficienza: obbligazioni derivanti dalle leggi sulla polizia rurale; obbligazioni relative al muro e al fosso mediano, al contromuro o muro di rinforzo, alle vedute sulla proprietà del vicino, allo scolo dei tetti, al diritto di passaggio. E sotto il cap. 2 del tit. 4 del lib. 2 apre tante sezioni, quante occorrono per sviluppare queste singole servitù legali destinate

Digitized by Google

all'utilità dei privati. Invece di tutto ciò il nostro Codice civile, all'art. 535, fatto richiamo alle leggi ed ai regolamenti della polizia campestre, per il resto delle servitù imposte all'utilità privata rimanda alle disposizioni comprese sotto la sezione, vale a dire: alle servitù derivanti dalla situazione dei luoghi; ai muri, edifizi e fossi comuni; alla distanza e alle opere intermedie richieste in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni; alla luce ed al prospetto; allo stillicidio; al diritto di passaggio e di acquedotto. La differenza tra le due legislazioni consiste dunque nella classificazione delle servitù derivanti dalla natura dei luoghi e delle servitù di distanza e di opera intermedia in scavamenti e piantagioni: il Codice francese sistema le prime in un capitolo a sè, accanto al capitolo destinato per le servitù legali; e le seconde, pur non avendole enumerate nell'art. 652, le dispone in una sezione speciale del capitolo delle servitù legali come il nostro Codice. Di tal guisa noi possiamo pure ammettere che tutta la differenza consista nella sistemazione delle servitù derivanti dalla natura o situazione naturale dei luoghi, che il Codice francese comprende in un capitolo a parte, accanto a quelle legali e a quelle convenzionali ossia derivanti dal fatto dell'uomo, e il nostro Codice fa rientrare sotto la categoria delle servitù legali. Secondo il Codice francese, queste servitù derivanti dalla situazione naturale dei luoghi non hanno che fare colle servitù legali, quantunque siano espressione schiettissima dei rapporti di vicinanza: il che significa che secondo il concetto di quei legislatori, rapporti di vicinanza e servitù legali non erano poi una cosa stessa. Del resto, come bene osservò il LAURENT (1), nel Codice francese qualche volta si parla di obbligazioni dei proprietari che sorgono senza la volontà di essi dallo stesso rapporto di vicinanza; e il tribuno GILLET (2) notava dinanzi al corpo legislativo come la legge sulle servitù comprendesse parecchie obbligazioni di vicinanza territoriale. Ma il primo di questi (3) non aveva difficoltà di dichiarare che le pretese servitù naturali o legali

(1) *Principes du droit civil*, vol. VII, pag. 203.
(2) *Discours*, § 6 (in LOCRÉ, *Législ. civ.*, IV).
(3) Ib., pag. 202.

Digitized by Google

non sono servitù vere; talchè ai nostri occhi il fatto di aver creato una categoria di servitù legali si presenta abusivo al modo stesso del fatto di aver voluto ritenere la comunione forzata qual materia di servitù, riprovato già dal FABRO (1) anche malgrado l'autorità di BARTOLO, che sembra essere stato il primo a dar vita a siffatto abuso. Non si sa quindi comprendere come il Codice civile francese, pure staccando dalle servitù legali i rapporti derivanti dalla situazione dei luoghi, abbia consentito di trovar posto per un titolo, ristretto bensì, di servitù legali per ragione di pubblica e privata utilità, immedesimando queste ultime colle obbligazioni che ne derivano tra i proprietari dei due fondi, dominante e serviente. La conseguenza di questo sistema è facile a intuirsi: se dalle servitù derivano obbligazioni, esse, non essendo convenzionali, necessariamente debbono sorgere da un quasi-contratto di vicinanza.

Nel diritto moderno sorge naturalissima la controversia del posto che deve assegnarsi a tali rapporti da fondo a fondo, che impropriamente si designano col nome di servitù legali, dal momento che si debbono escludere dal novero delle servitù ed anche chiamandoli rapporti di vicinanza, o di vicinanza naturale, o rapporti naturali tra fondi. Il Codice civile austriaco cancellò del tutto la rubrica delle *servitù legali* e solo trattò di *servitù convenzionali:* il Codice civile germanico recente pone sotto il contenuto della proprietà e il passaggio necessario, e il diritto di raccoglier frutti nel fondo del vicino, e i limiti delle costruzioni, e i muri, le siepi, i fossi, gli alberi di confine (lib. 2, cap. 3, tit. 1). Evidentemente, dal punto di vista della filosofia del diritto, due sono le faccie, due gli aspetti o punti di vista sotto i quali può riguardarsi un rapporto di servitù: o come limitazione da una parte, o come aumento dall'altra, della proprietà e del suo esercizio. Quale di questi punti di vista dovrà prevalere? Non volendo accordare alcuna preferenza nè al fondo dominante nè al fondo serviente, si potrebbe adottare un sistema comprensivo, che potesse estendersi alla natura del rapporto così di fronte al fondo dominante come di fronte al fondo serviente? Cer-

(1) *Rationalia ad Pandectas* (ad l. 36, Dig. 8, 2).

Digitized by Google

tamente: l'espressione rapporti di vicinanza è estensibile tanto al fondo dominante quanto al fondo serviente; ma qual posto trovare in un Codice civile per i rapporti di vicinanza? I rapporti di vicinanza allargano e restringono a un tempo l'esercizio della proprietà, e stabiliscono un imparziale trattamento di reciprocità tra vicini, per quanto la situazione naturale dei luoghi lo permette. Si tratta dunque di modificazioni della proprietà, o, più che di modificazioni, di modalità nell'esercizio di un diritto per sè pieno, ma che appunto, esercitandosi, deve conciliarsi coi diritti altrui, come vengono determinati dalla natura dei luoghi e dai vincoli della consociazione. Nè si repugnerebbe dal chiamare queste regole norme di proprietà sociale, se l'aggettivo e l'espressione tutta non potessero dar luogo a deplorevoli equivoci; mentre a noi basta attenerci alle condizioni dei luoghi e rimandare al diritto pubblico di regolamento e di ordinanza per funzione d'impero tutte le altre limitazioni della proprietà che si fanno per provvedere direttamente al pubblico interesse considerato come contrapposto e non come risultante dei vari interessi privati dei componenti la città o lo Stato. Di questi rapporti di gius pubblico, posti da disposizioni speciali, un Codice civile non deve occuparsi se non forse per dire che vi sono, e nulla più.

Pur tuttavia si deve fare una distinzione tra le servitù che risultano dalla situazione naturale dei luoghi e quelle che derivano in parte dalla situazione dei luoghi e in parte, per lo meno quanto alla misura (*modus*), dal regolamento uniforme della legge? Il ROGRON (1) osserva che le prime, ossia le servitù in tutto derivanti dalla natura dei luoghi, sono determinate dalla stessa natura e la legge non fa che confermarle; mentre le altre sono state introdotte per i bisogni e per gli usi dei popoli, e perciò sono suscettibili di variazione e di arbitrio nelle modalità che le determinano in atto. Per esempio, lo scolo delle acque da un fondo superiore in un fondo inferiore non ammette modalità o cambiamenti: è una servitù che viene dalla natura stessa e la cui esplicazione pratica è, nella sua uniformità, costante. Ma la distanza di sei piedi (art. 678 Cod. fr.) o di un metro e mezzo (arti-

(1) *Code civil expliqué*, art. 639.

Digitized by Google

colo 587 Cod. civ.), da osservarsi nell'aprire finestre di prospetto sul fondo vicino, non è certamente designata da natura nella misura precisa voluta dalla legge. Sembrerebbe quindi doversi una tale distinzione ripercuotere e nella sostanza della regolazione giuridica e pur nella nomenclatura dei due istituti o delle due specie dell'unico istituto della servitù o della vicinanza che vogliasi chiamare. E per fermo trattasi di un desiderio cotanto giustificato e non solo in pratica, che la teoria non può rifiutarsi di riconoscere una certa diversità tra i rapporti di vicinanza naturale, che la legge non fa se non riconoscere, e i rapporti di vicinanza, pur naturale, ma ai quali la legge è costretta imporre delle modalità di regolamento, specie in ordine alla distanza, o estensione lineare. Se per altro noi vogliamo formarci un concetto preciso di questa distinzione e dei criteri che vi presiedono, dobbiamo anzitutto osservare la fallacia dell'argomento che anche le servitù risultanti dalla situazione dei luoghi e alle quali la legge non ha prefisso modalità, debbano o possano ritenersi ciò malgrado come servitù stabilite anch'esse dalla legge che le determina e munisce di sanzione. Quando la stessa giacitura dei luoghi impone una sofferenza, un deflusso di acque dal fondo superiore nell'inferiore, la legge non ha che fare, nè per modificare nè per determinare modalità di qualsivoglia specie: la legge soltanto può accordare riconoscimento e sanzione a questa condizione di cose, che essa non crea; e la sua sanzione evidentemente consisterà nel prescrivere che non si frappongano ostacoli all'opera della natura, che non si peggiori nè da un canto nè dall'altro lo stato creato dalla natura stessa. La legge potrebbe anche non occuparsi punto di questa condizione naturale dei luoghi, qualora non fosse possibile all'uomo di guastare l'opera della natura per obbedire soverchiamente alla voce del proprio egoismo che induce a non preoccuparsi della sorte degli altri. Il proprietario del fondo su cui nasce la sorgente delle acque potrebbe trovarsi convertito il proprio fondo in un bacino di acque stagnanti, qualora nel fondo inferiore si ammettessero delle opere dirette ad impedire il deflusso della sorgente stessa: lo stesso dicasi quanto alle acque provenienti dalle pioggie. Che se il proprietario del fondo superiore può trarre van-

Digitized by Google

taggio da questo prodotto naturale per l'agricoltura o per altri usi, certamente il proprietario del fondo inferiore (se non abbia altrimenti acquistato il diritto di usufruire dello scolo di quelle acque) non può d'altra parte vietare al proprietario del fondo superiore di cavarne quel miglior profitto che può e come crede; salvo il caso che non si tratti di atti emulativi. L'essenza della servitù sta principalmente nella sofferenza alla quale si trova astretto il fondo inferiore, il cui proprietario non può presentare alcun ostacolo artificiale al deflusso naturale delle acque: non può alzar dighe, terrapieni, muri, nè altri ostacoli di sorta perchè le acque stesse tornino indietro, dappoichè ciò porterebbe dei gravissimi danni a tutto quanto il sistema idrografico anche per una estensione di gran lunga più estesa in confronto a quella direttamente influenzata da queste opere od ostacoli. Ciò significa che il danno oltrepasserebbe l'interesse diretto dei due terreni confinanti e comincierebbe a intaccare l'interesse generale della sistemazione oro-idrografica di una data zona territoriale: per la qual cosa la sanzione a questo obbligo naturale del deflusso è d'ordine pubblico; mentre non è già d'ordine pubblico, ma d'ordine naturale propriamente, l'obbligo della tolleranza del deflusso stesso.

Fino a quando la legge non fa che riconoscere la naturale condizione dei luoghi e darvi sanzione, il regolamento (delle acque, a mo' d'esempio) non è il contenuto, ma l'effetto delle disposizioni legislative: evidentemente un tale deflusso delle acque conduce ad una sistemazione di corsi e di bacini, di sedimenti e di coltivazioni, che sembra aver cagionato una uniformità o per lo meno una regolarità naturale, di cui non è se non l'effetto. L'opera sovrana della natura coi monti, i boschi, le valli, la varia conformazione insomma della crosta terrestre, determina la prima sistemazione delle acque e le successive modificazioni di una tale sistemazione: talchè l'armonia e l'ordine, non l'uniformità, rappresentano una tendenza costante e progressiva delle forze naturali in atto operativo. I cambiamenti, lenti e sapientemente moderati, rispondono a cause ben diverse da quelle della mutevole opera dell'uomo: e, se l'opera, molto più la scienza umana si sente profondamente piccina a misurare soltanto le forme di questi

Digitized by Google

cangiamenti naturali e determinarne le leggi fisiche. Ma un temperamento si deve alla logica del diritto, anche quì, per conciliare l'interesse transitorio dell'uomo cogli scopi permanenti e durevoli di natura: il concetto di proprietà giuridica col concetto di sistemazione territoriale universale. Si potrebbe dire infatti che, per lasciare in tutto l'opera della natura libera di produrre qualsivoglia effetto, il proprietario del fondo superiore non debba nè possa sfruttare per sè quella massa d'acqua di formazione naturale, che si forma nel fondo superiore, e, formatasi, per forza d'inerzia defluisce nell'inferiore. Ma questa regola prima di tutto avrebbe la virtù di avversare completamente l'agricoltura; essendo risaputo che le radici dei vegetali e i lavori di dissodamento agricolo hanno la virtù di alterare la sistemazione delle acque, quale si otterrebbe nel territorio stesso abbandonato del tutto a sè. Un lavoro agricolo, per quanto in apparenza di poca entità, per quanto limitato per estensione e per profondità, deve necessariamente contrariare il naturale deflusso delle acque, sia deviandole, sia consumandole più che per assorbimento dovuto a forza inerte: lo che apparisce tanto maggiormente, quando si tratta di lavori di una certa entità e che esigano un considerevole rimescolamento del suolo. Or quì, se la legge giuridica volesse imporre una limitazione ai comodi agricoli del fondo superiore, non saprebbe trovare una misura che rispondesse ad una regola generale di limitazione, e neppure riescirebbe a conciliare i poteri giuridici inerenti all'esercizio della proprietà coll'interesse di una sistemazione generale del deflusso delle acque, con tendenza al più grande riguardo possibile per la forza d'inerzia in quel deflusso: e questa impossibilità d'un regolamento generale non dipenderebbe già da mancanza di mezzi giuridici, ma soprattutto dalla grande varietà culturale da luogo a luogo in una medesima zona territoriale, e dalla grande varietà pur delle rotazioni agricole da una stagione all'altra, in un medesimo fondo. Oltre a questo, si suppone giustamente che il proprietario del fondo inferiore nella generalità dei casi debba ritenersi contrariato e molestato da un tale deflusso di acque dal fondo superiore: perlochè, lungi dal reclamare, si sentirà ben lieto che il proprietario del fondo superiore o dominante lo liberi

Digitized by Google

in tutto o in parte dal fastidio di ricevere lo scolo ch'egli di regola tollera e non domanda. Aggiungasi poi che, se il proprietario di questo fondo inferiore volesse con opere apposite sfruttare tutte o parte di queste acque nel suo fondo e pel suo fondo, facilmente ne impedirebbe a sua volta il deflusso naturale sul fondo a sua volta sottostantegli; talchè proprio, per evitare reclami da chicchessia, sarebbe indispensabile di vietare per tutto quanto un versante di displuvio una qualsivoglia utilizzazione agricola per manufatti, ossia oltre la potenzialità del naturale e spontaneo assorbimento del terreno, per forza d'inerzia. Un divieto di questa specie rivelerebbe una provvidenza non solo eccessiva nel suo concetto ispiratore, ma anche impossibile ad attuarsi: l'acqua fluente o piovana perderebbe una delle sue maggiori utilità economiche, l'utilità di appropriazione e di sfruttamento pei bisogni specialmente dell'agricoltura e delle industrie, ed una delle maggiori ricchezze che ci vengono da natura sarebbe condannata alla dispersione e all'inerte assorbimento. D'altra parte, non potendosi impedire l'utilizzazione *iure proprietatis* delle acque sorgive e piovane che scorrono sul proprio fondo, non è neppure il caso d'imporre limitazioni o regolamenti o modalità di sorta ad una tale utilizzazione, purchè nella sua pienezza non presenti peraltro un danno diretto al fondo inferiore, nel senso di aggravarne in tutto o in parte la condizione e lo stato agricolo.

175. Ma vi sono altre forme del rapporto naturale di vicinanza che sembrano supporre per necessità un regolamento generale, come si vede assai chiaramente quanto alle distanze richieste in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni fatte in direzione della proprietà vicina o al confine con essa. Nel sistema edilizio il regolamento generale manifesta in forma ben molto efficace la sua ingerenza: non solo si prescrive la distanza delle nuove costruzioni, ma si stabilisce che, non trovandosi adempita la prescrizione delle distanze, il vicino possa invocare la comunione del muro di costruzione, ossia lo sfruttamento della cosa altrui e perfino l'invasione della proprietà del vicino. Altri avrebbe ravvisato ben più naturale di ingiungere al proprietario che

Digitized by Google

costruisce a nessuna distanza o a distanza minore della legale dal confine del vicino, di demolire, come se si trattasse di *opus novum*, la sua illegale ed arbitraria costruzione; il regolamento delle *aedes* invece, tendendo alla formazione di quei grossi isolati che, specialmente nel perimetro urbano, favoriscono la migliore utilizzazione di una medesima estensione di suolo ad uso di abitazione civile, ammette che restino tali costruzioni fatte in contravvenzione alle prescrizioni delle distanze, ma dà facoltà al vicino di approfittare della comunione del muro. Lo scopo delle distanze, ch'era quello di evitare intercapedini pericolose alla sicurezza e all'igiene, rimane così pienamente raggiunto anche senza tenersi a distanza e facendo qualche cosa di più oltrechè serbare semplicemente una distanza: sopprimere addirittura ogni distanza oltrepassando in certo qual modo il voto della legge stessa, le cui funzioni, in questa parte del regolamento della proprietà, non fanno questione più di mezzi che di fini. Ma torniamo al regolamento delle distanze ed esaminiamo la natura dei rapporti e la parte che in essi è riservata alla ingerenza dei pubblici poteri.

Qui la legge crea il rapporto determinato tra i due fondi vicini, crea la distanza, non riconosce uno stato naturale preesistente: appunto perchè è ispirata da ragioni di pubblico interesse e che oltrepassano la sfera di ogni privata spettanza. L'ingerenza dello Stato muove qui dunque direttamente dal gius pubblico e nello stesso pubblico interesse è condotta a trovare i suoi limiti: a misura che il suo adempimento si diffonde, si viene formando una sistemazione tendente a generalizzarsi e a rispondere ad una universalità di piano edilizio e in città e nelle campagne, ma soprattutto in città e nei borghi, ossia dove la popolazione è sottoposta ad uno speciale concentramento. Or questa è soprattutto materia di diritto pubblico, che si ripercuote bensì nei rapporti privati della vicinanza, ma che non meno per questo appartiene alla sistemazione del diritto pubblico pei rapporti dell'igiene, della sicurezza e anche un po' dell'ornato: tanto è vero che la legge generale non può essere derogata dalle private convenzioni delle parti, le quali non possono lasciare una distanza minore di tre metri tra i loro edifici, abbia l'una

Digitized by Google

di esse fabbricato proprio sul confine o a distanza dal confine minore di metro uno e mezzo. In caso di deroga, il regolamento locale d'igiene o polizia urbana o rurale può, almeno nei casi più gravi, ingiungere la demolizione dell'ultimo edifizio che ebbe a contravvenire alle distanze legali: e colui che si trova di aver primo edificato, per convenire che faccia coll'altro in una minor distanza, non sarà obbligato neppure in decorso di tempo a rispettare una convenzione improduttiva di effetto, siccome contraria a disposizioni regolamentari di ordine pubblico.

Sorge or pertanto quasi spontanea la domanda se, di fronte ad una influenza cotanto decisiva delle disposizioni della legge, non debbasi davvero pensare ad un sistema di servitù legali. Ma non bisogna farsi illudere dalle apparenze: sol perchè si tratta di un regolamento generale di ordine pubblico non può dirsi senz'altro che noi versiamo in materia di servitù. Esaminando con un grano di analisi elementare la situazione di fatto in questo rapporto di vicinanza per distanze di edifici, noi troviamo, all'infuori della soluzione consistente nel rendere il muro comune, un duplice vincolo reciproco di distanza. Il vicino che primo costruisce (se vuole evitare la comunione forzata del proprio muro coll'edificio dell'altro vicino) deve tenersi alla distanza di un metro e mezzo dal confine; l'altro vicino che fabbrica posteriormente (se non vuole approfittare della comunione del muro) deve completare colla propria distanza o anche conferire egli solo tutta la distanza di tre metri dalla fabbrica preesistente. Per evitare dunque la comunione o comproprietà, qui si ha un vincolo reciproco di distanze: vincolo reciproco che non è servitù, per la ragione evidentissima che da un solo rapporto o da una sola posizione di fatto tra due proprietà vicine non può sorgere che un rapporto solo, e non due rapporti di servitù. L'uno dei due fondi dev'essere dominante, l'altro serviente; non possono essere reciprocamente dominanti e servienti entrambi, in ordine ad un solo ed unico rapporto prodotto dalla situazione delle costruzioni: poichè, se entrambi fossero sottoposti ad una servitù di distanze, naturalmente non si potrebbe più conoscere quale dei due fosse il dominante e quale il serviente. È dunque giuocoforza persuadersi

Digitized by Google

che, nella specie configurata, servitù non v'è nè vi può essere, perchè il rapporto nella sua complessività è reciproco, di guisa che la posizione dell'uno e dell'altro dei vicini non è netta e precisa di fronte ai principî elementari del diritto di servitù: netta e precisa apparisce invece di fronte ad un regolamento di vicinanza che sia l'esplicazione della pubblica autorità dello Stato per ragioni di pubblico interesse. Certo, nelle distanze dei manufatti, l'ordine di natura non entra, e, per contrastare l'impero della convenzione, è necessaria l'opera della legge: ma appunto l'opera della legge, per le cose dette, non può nel caso nostro creare un rapporto di servitù, perchè vi osta la reciprocità del vincolo, per evitare la comunione del muro. Dunque non servitù legali, ma rapporti legali di vicinanza, regolamenti di vicinanza, sistemazione di vicinanza: e potrebbe anche dirsi che siffatti regolamenti debbano comparire sotto forma di limitazioni legali o regolamentari al libero esercizio della proprietà, della quale costituirebbero quasi altrettante modificazioni di natura essenzialmente diversa da quelle originanti per convenzione e non poco diversa anche da quelle dovute alla situazione dei luoghi e che la legge non crea, ma semplicemente riconosce. Se voglionsi chiamare, come si fece, condizioni di esistenza della proprietà, certamente nulla repugna o contrasta a tale denominazione.

Qualche difficoltà sorge tuttavia e non priva di una certa importanza. Il Bianchi (1) trova *vizio di esagerazione* la risoluzione di dare completamente il bando alla denominazione di *servitù legali:* come se, allorquando si riconosce l'errore e la fallacia di un istituto giuridico, non fosse atto di rigorosa necessità ripudiarlo in tutto. Egli riconosce l'esistenza di norme preservative della proprietà del vicino (distanze, cautele per edifizi e manufatti nocivi o pericolosi, scavi di confine, divieto di stillicidio, uso di acque derivate — art. 573, 577, 591, 641); di transazioni rese obbligatorie per evitare la collisione nell'esercizio contemporaneo delle due proprietà (apertura di finestre — art. 571 e 587 —, distanze di piantagioni — art. 579) con tutela legale e sacrifici reci-

(1) *Trattato delle servitù legali;* Lanciano 1888, p. 59 e seg.

Digitized by Google

proci tra proprietari confinanti; di prestazioni positive con carattere affine alla espropriazione per pubblica utilità (presa coattiva — art. 542, 545 —, accesso temporaneo sul fondo altrui — art. 592 — o permanente — art. 593 —, acquedotto coattivo di derivazione o di scarico — art. 598, 606 —, cessione della comproprietà coatta dei muri divisori — articolo 556). Quest'ultima categoria, ossia categoria di oneri coattivi, sarebbe profondamente diversa dalla prima pel contenuto intrinseco, pel titolo, pel corrispettivo, pel criterio di interpretazione: differirebbe dalla seconda perchè non avente che fare col concetto di transazione legale, ma solo trasmissione forzata di utilità da fondo a fondo. Eppure, malgrado le loro differenze, queste tre categorie appartengono ad una stessa classe di norme di vicinanza: per la qual cosa, riflettendo che il gravame risultante dall'acquedotto o dal passaggio è uno stesso, o che l'acquedotto sorga da libera volontà dei privati o dall'impero della legge, non si troverebbe la ragione per la quale nel caso o nei casi di cui trattiamo debba manifestarsi tanta ripugnanza alla denominazione di servitù del rapporto giuridico che si viene a formare. Che peraltro nelle due ipotesi di acquedotto e di passaggio (e ciò per non allontanarci dagli esempi più evidenti) si possano avere due figure diverse, e cioè nell'un caso il rapporto di vicinanza e nell'altro il rapporto di servitù, risulta dalla diversità del contenuto del rapporto giuridico nell'un caso e nell'altro.

La presa coattiva non comprende che l'acqua necessaria all'uso degli abitanti di un Comune o di una frazione di un Comune; il divieto di dispersione collima col divieto degli atti emulativi; il passaggio temporaneo anch'esso è dato nei limiti della necessità: e nei limiti della necessità combinata coll'economia del dispendio il passaggio definitivo. La derivazione stessa e lo scarico non possono avere per iscopo che le necessità della vita e gli usi agrari e industriali: insomma ad ogni modo una necessità fisica ed economica che rientra nel dominio dell'utilità generale e dell'interesse pubblico per via indiretta. Ed oltre a ciò anche l'effettuazione di questi lavori deve farsi in forma economica, e cioè senza sacrificar troppo, anzi conciliando, nei limiti del possibile, gli interessi del proprie-

Digitized by Google

tario del fondo dominante e quelli del proprietario del fondo serviente. Per l'acquedotto convenzionale, invece, non vi sono limiti di necessità o di economia; e tutto è riserbato alla libera manifestazione della volontà dei contraenti, e, in genere, al fatto dell'uomo: trattandosi, senza distinzione di modalità, di servitù stabilite per fatto dell'uomo, ossia non solo per titolo, ma anche per prescrizione trentennale e per destinazione del padre di famiglia. Questa sconfinata libertà permessa e assegnata al fatto dell'uomo, di fronte alle limitazioni imposte agli istituti consimili stabiliti dalla legge, indica un contenuto diverso, che non tanto nè sempre per estensione (poichè un diritto, anche limitato, di acquedotto e di passaggio può dare una somma di utilità maggiore di un diritto della stessa natura, comechè illimitato), quanto piuttosto per comprensione mostra di avere una struttura tutta speciale e caratteristica: per la qual cosa, mentre uno stesso istituto, originato dal fatto dell'uomo, risponde ad una elasticità grandissima; qualora invece si supponga originato dalla legge, deve contenersi entro certi determinati limiti preordinati nell'interesse sociale. E, comechè in entrambi i casi si tratti di acquedotto e di passaggio, tuttavia questa similitudine di obbietti non è sufficiente per ravvicinare intimamente due strutture le quali camminano separate per virtù del loro contenuto rispettivo; e quello che si vorrebbe ritenere ostacolo della logica giuridica non è effettivamente tale, quando si ponga mente alla immensa gradazione di utilità di ogni specie, alle quali provvede la costituzione e l'esercizio delle servitù per fatto dell'uomo.

Ormai si è tanto gridato contro l'abuso di proclamare servitù prediali tutte le limitazioni al diritto di proprietà, che si producono in una sfera esterna alla diretta attività dell'uomo e alle quali il fatto umano non fa che prestare osservanza. Il divieto dello stillicidio dal tetto proprio sulla casa del vicino (art. 591 Cod. civ.); la maggior distanza che oltre la legge il giudice può fissare in caso di apertura di pozzi d'acqua viva, cisterne, pozzi neri, fosse di latrina o di concime (art. 573); le cautele pur giudiziarie per la prosecuzione d'una nuova opera (art. 698); l'affermazione del diritto della proprietà sopra la sorgente sita nel proprio

Digitized by Google

fondo (art. 540); il regolamento della comunione del muro divisorio e della proprietà dei manufatti che vi si fanno (art. 546 e 547); la comproprietà *pro diviso* che si rivela nell'onere delle riparazioni e ricostruzioni (art. 562): tutte queste disposizioni e questi ordinamenti legislativi, invocati dal BIANCHI a provare che il nostro legislatore si seppe render ragione dell'indole diversa dalle varie limitazioni della proprietà, non sembra invero che siano adatte allo scopo. E di vero la nuova opera, argomento di trattazione possessoria fin dal diritto romano, non sarebbesi potuta certamente scambiare con un atto di esercizio della servitù: troppo madornale sarebbe stata la confusione, perchè la distinzione possa presentare argomento di merito. Il divieto dello stillicidio, o negazione di servitù, non potrebbe giustamente comprendersi nella categoria delle servitù se non concepito in un modo diverso da quello che fa il nostro Codice, ossia concepito come servitù attiva di uno dei due fondi, diretta a non sopportare lo stillicidio che la situazione dei luoghi, con una sistemazione diversa da quella voluta dalla legge, potrebbe altrimenti cagionare, così volendo il proprietario del fondo dal quale lo stillicidio partir dovrebbe. Lo averlo quindi il legislatore considerato come una specie di servitù legale, senza aver fatto il debito accenno al concetto negativo della servitù, ma presentandolo come un regolamento di stillicidio imposto all'esercizio del diritto di proprietà, significa che il legislatore stesso confuse servitù legale con modalità o limitazione legale all'esercizio della proprietà. Molto meno poi l'affermazione del diritto di uso attribuito al proprietario sulle sorgenti site nel proprio fondo ha da fare col concetto di servitù legale, poichè *nemini res sua servit;* nè questa premessa era necessaria per affermare i diritti di servitù del proprietario del fondo inferiore, derivanti da titolo o da prescrizione. Infine tuttociò che attiene alla comunione o alla comproprietà, come a prima vista si comprende, non può formar materia di servitù; la qual cosa del resto già si è dimostrata a suo luogo. Se pertanto al nostro legislatore, nella legislazione relativa alle servitù, non si vogliono fare altri meriti, da questo infuori di aver voluto rimpinzare il titolo delle servitù con servitù negative trattate non come

Digitized by Google

tali, ma come limitazioni nelle facoltà accordate al proprietario, non senza aver voluto cacciarvi dentro anche qualche affermazione dell'esercizio della proprietà e molte disposizioni della comunione: questo complesso di circostanze, più che mostrare scossa nel nostro legislatore la fiducia in un concetto tecnico e speciale delle servitù legali, dimostra più naturalmente e più evidentemente che il legislatore stesso non ebbe un concetto esatto davvero di servitù legale, o che questa inesattezza fosse difetto di aggregazione per categoria d'istituti giuridici, o che fosse difetto di espressione nella formula pratica dell'istituto stesso. In entrambe le ipotesi la conclusione è la medesima.

176. Un'obbiezione assai più grave contro l'assimilazione di questi istituti al quasi-contratto di vicinanza naturale riguarda l'indole dell'istituto e merita un esame alquanto elaborato. L'oggetto di questi istituti è un onere reale, perchè prescinde dalle persone dei proprietari dei fondi vicini e si trova intimamente unito o compenetrato (altri direbbe inerente) nei fondi stessi, da rimanere in essi per quanto le persone dei proprietari cambino. Invece, se si vuole applicarvi la disciplina del quasi-contratto, è d'uopo risalire al concetto di obbligazione, cioè a dire di vincolo delle persone. Forse potrebbe qui immaginarsi un vincolo di persone *propter rem?* L'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*interdictum quod vi aut clam*, la *novi operis nunciatio*, la *cautio damni infecti* sono considerati come mezzi di tutela di obbligazioni originanti da rapporti di vicinanza, e nel tempo stesso non è azzardato considerarli come limitazioni al pieno esercizio del diritto di proprietà. Or come ciò può accadere senza incongruenza? Si sente dunque il bisogno anche fuori del vero caso delle cosiddette servitù legali, di una ricostruzione, la quale permetta, nello stesso diritto romano, di rendersi ragione in qual modo sia possibile concepire una funzione del diritto di proprietà come determinata da un'obbligazione personale, comechè estracontrattuale. Noi non vorremo certamente diffonderci sulla giustificazione delle *obligationes propter rem;* ma ci sembra sufficiente affermare che il divieto di alterare il corso naturale dell'acqua piovana con danno del fondo

Digitized by Google

vicino sia della stessa natura del divieto *stillicidi immittendi* e di tutti gli altri divieti (p. e. divieto *fumi immittendi*) che sono il rovescio della posizione corrispondente alla servitù di stillicidio e di fumo e corrispondono all'azione negatoria delle rispettive servitù. Or l'*actio aquae pluviae arcendae* non è dessa, in sostanza, a parte la formola onde consta, una specie di *actio negatoria* della *servitus aquae pluviae recipiendae?* L'obbligazione che così sorge *propter rem propriam*, in quanto questa ha rapporti colla *res aliena*, senza dubbio è un rapporto obbligatorio di vicinanza, anche se non si ha la forza di qualificarlo senz'altro come rapporto quasi-contrattuale: e come rapporto obbligatorio di vicinanza e funzione negatoria di servitù rientra senza dubbio, per poco o per molto, nella sede petitoria, alla quale, come vedemmo, si riduce effettivamente ogni azione negatoria.

Digitized by Google

CAPO II.

Urbane e rustiche.

Bibliografia.

LIGENTHAL. — *Sulla distinzione tra « servitutes rusticae » e « servitutes urbanae »*; 1844.

177. La distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche coordinata a quella tra *res mancipi* e *nec mancipi*. — 178. Natura dell'*iter* e dell'*actus* e dell'*aquaeductus*. — 179. Opinione dominante. — 180. Opinione che per le urbane esige la presenza di un edificio. — 181. Opinione basata sul *facere* e sull'*habere*. — 182. Criterio dell'utilità del fondo dominante. — 183. Servitù urbane le incorporate nel fondo dominante. — 184. Criterio della continuità. — 185. Demolizione dell'opinione dominante. — 186. Concetto della situazione e critica di esso. — 187. Criterio desunto dal suolo e dalla superficie. — 188. Codice italiano e giurisprudenza. — 189. Eliminazione di ostacoli per le servitù tipiche urbane romane. — 190. E per le rustiche.

177. Argomento di grandissima importanza è questo relativo alla distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche: distinzione che è capitale e nella storia e nella costruzione della dommatica e che rasenta anche sensibilmente l'organismo formale del diritto; permodochè, seguendola dal diritto romano antico insino ad oggi, noi possiamo anche percorrere tutta quanta la rete dei sistemi giuridici e della storia giuridica di quella produzione ch'è patrimonio nostro e della quale andiamo nobilmente orgogliosi. Questo metodo di ricerche storiche è qui soprattutto utile perchè ci abitua a considerare il problema con una certa latitudine di vedute, quale non ci potremmo ripromettere da uno studio rigorosamente dommatico, attraverso la sottigliezza di costruzioni astratte, che lasciano bensì alla fantasia il campo libero e sbrigliato, ma che non giovano troppo per intendersi e per ridurre ad unità veramente utile e proficua il complesso delle nostre cognizioni e dei risultati dei nostri studi. E ciò tanto più che nella nostra materia più o meno, specialmente in fatto di distinzione tra le servitù, non è raro trovarsi di fronte a sprazzi fortissimi di scetticismo; mentre, quanto

Digitized by Google

alla distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, non si è potuto nè voluto mai mettere in dubbio che la distinzione esistesse e fosse continuamente adottata su per i testi del diritto romano.

Anzi, la distinzione di cui si tratta ha messo radici talmente profonde nell'esegesi delle fonti, che si vuole renderla correlativa con quella tra *res mancipi* e *res nec mancipi:* il che significa, data la speciale origine delle servitù prediali romane dalle primitive ripartizioni del suolo pubblico, voler far risalire questa distinzione poco meno che all'origine stessa delle servitù prediali. Soprattutto si vuol ritenere che le servitù dei predi rustici cominciassero sin dapprincipio a far parte della categoria delle *res mancipi:* il che significa che le altre servitù territoriali o reali dovessero appartenere alla famiglia delle *nec mancipi*, perchè l'una categoria di cose non s'intende senza il contrapposto dell'altra categoria, come è di per sè evidente. E qui si richiamano i frammenti di Gaio, lib. 2, §§ 29 e 31, dai quali risulterebbe che i *iura praediorum rusticorum mancipari possunt*, purchè si riferiscano ai *praedia italica ;* mentre i predi provinciali non sono suscettibili di *mancipatio* o di *in iure cessio*, ma solo di *pactio* e di *stipulatio*. Di solito peraltro non si fa una grande attenzione al testo, davvero: poichè le servitù sui predi italici, come gli stessi predi italici (certamente perchè destinati alla diretta alimentazione della metropoli romana), *recipiunt mancipationem aut in iure cessionem;* ma le servitù sui predi provinciali, come gli stessi predi provinciali, *non recipiunt mancipationem aut in iure cessionem*. Gli *iura praediorum urbanorum* poi possono soltanto *in iure cedi:* ma non è detto già che non possano costituirsi per *pactiones* o *stipulationes*, poichè quel *tantum* limitativo sta semplicemente in rapporto colla *mancipatio* per escluderla. E il dire che i *praedia* o i *iura praediorum recipiunt* o *non recipiunt mancipationem aut in iure cessionem* non significa escludere che possano anche *recipere pactionem aut stipulationem*, perchè il più non esclude il meno. Il *potest id efficere pactionibus et stipulationibus*, relativo ai predi provinciali, è meno espressivo del *recipere:* perchè il *recipere* implica attitudine del diritto o del negozio ad assumere o non assumere quelle date forme

Digitized by Google

solenni, mentre il *potest* rappresenta la facoltà di una forma meno solenne che si confonde e rimane assorbita nella possibilità o facoltà del negozio stesso. Ma da questo ragionamento potrà dunque concludersi che le servitù rustiche siano atte a forme meno solenni o suscettibili anche di *pactio* o di *stipulatio?* La risposta si potrà desumere dal comportamento dei *praedia* ai quali le servitù si riferiscono, poichè GAIO ha avuto una grande, suprema preoccupazione: quella di far conoscere che le *servitutes* come *iura praediorum* sono egualmente azionabili dei *praedia* ai quali si riferiscono; soltanto ne differiscono in questo che, essendo incorporali, *traditionem non recipiunt.*

Ora i *praedia rustica* possono trasferirsi per mezzo di *stipulatio* o di semplice *pactio?* Evidentemente, la domanda regge per i tempi antegiustinianei; perchè è risaputo come GIUSTINIANO sopprimesse la distinzione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* (1), quantunque una tale distinzione fosse stata tuttora ritenuta ai tempi di GAIO. Or dunque noi ammettiamo, storicamente argomentando, che dapprima la forma della *mancipatio* rappresentasse una cautela necessaria per sot-

(1) A questo riguardo basta richiamare la l. un., § 4, Cod 7, 31. Il titolo porta *de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.* GIUSTINIANO dichiara: *etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est, et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.* Conveniamo col BONFANTE che questo linguaggio riveli in GIUSTINIANO la convinzione che si trattasse di un istituto del quale non vi era più traccia nella vita romana, tanto che la distinzione sembrar dovesse ormai ambigua ed inutile: *merito antiquari oportet.* Ormai è tuttavia accertato che la *mancipatio* si fosse potuta applicare anche alle *res nec mancipi;* sebbene la *mancipatio* costituisse una *propria species* o funzione precipua per le *res mancipi.* Si hanno esempi di *mancipatio* applicata alle *res nec mancipi:* sono noti la *mancipatio* di un libero o per causa di adozione o per fare di esso un *mancipium;* il testamento *per aes et libram* allo scopo di *mancipare familiam;* la mancipazione di *ollae cinerariae;* la mancipazione di perle. Vi erano in pratica delle cose che tanto potevansi alienare a mezzo di semplice tradizione, quanto a mezzo di *mancipatio:* e ciò perchè stava alle parti evidentemente di attribuire maggiore o minore solennità od importanza ad un determinato negozio giuridico, secondochè il proprio interesse o circostanze speciali lo consigliassero.

Digitized by Google

trarre ai disordini e alle instabilità dei tumulti i possessi delle terre: le guerre intestine e straniere non di rado tendevano a sconvolgere gli ordini giuridici ponendo a repentaglio sia la proprietà mobiliare che quella immobiliare. Vero è che questo riflesso poteva stare più per i fondi provinciali che per i fondi italici: ma tengansi presenti le condizioni della viabilità rurale, che certo in antico non erano paragonabili a quelle che sono nei tempi moderni; ed anche abbiasi presente la specie di disprezzo che i Romani nutrivano per quanto sapesse di provinciale. Ciò potrà dare una spiegazione della maggior convenienza di applicazione della *mancipatio* ai *praedia italica:* mentre d'altro canto, fino a che non si rafforzarono le forme più libere e più reali di alienazione, era tanto ammissibile per le *res nec mancipi* la forma della *mancipatio*, quanto potrebbe essere oggi consigliata la forma dell'atto pubblico anche per quelle convenzioni per le quali è sufficiente la scrittura privata. Pur tuttavia una tal condizione di cose non deve aver durato gran fatto: appunto perchè la *mancipatio* presto cedette il terreno, anche per quanto concerneva l'alienazione di quelle che sino allora si chiamavano *res mancipi*, alle forme più libere e più pratiche della *stipulatio* e della *pactio*. Resta però fermo che, secondo la tecnica del diritto romano storico, la *mancipatio* era la forma normale di trasmissione dei *predia rustica* e di acquisto dei *iura praediorum rusticorum*. Soltanto quanto è detto circa i predi provinciali e le servitù sui medesimi che *non recipiunt mancipationem* si deve intendere come derivante da una speciale degradazione politica di cui erano colpiti quei predi come i loro proprietari: la *mancipatio* era una delle forme più quiritarie dell'antico gius civile, e quindi era assurdo che potessero goderne dei subbietti giuridici non forniti del diritto di cittadinanza e perciò non ammessi all'esercizio dello *ius optimum maximum*.

Or dunque le *servitutes praediorum rusticorum* dovevano stabilirsi mediante la *mancipatio* perchè appunto, quando costituite sui fondi italici, rappresentavano delle *res mancipi* come i fondi stessi sui quali erano costituite. Forse questo accenna ad una derivazione delle servitù prediali dalle legali? Noi non vediamo in verità qual nesso debba esservi tra le

Digitized by Google

une e le altre, sol perchè la *mancipatio* era forma adatta alle cose o fondi sui quali si concentravano come necessarie tutte le servitù legali quasi ne fossero pertinenze od accessioni. E badisi che qui si tratta d'una costruzione dommatica e non di esegesi sopra testi di diritto: quindi vi è molta probabilità di cadere nell'arbitrario e nell'avventato, e conviene più che mai studiarsi di restare nei limiti di una prudente riserva. Per certo, se si parte dal concetto di una proprietà assegnata dallo Stato ai privati, territorialmente, è naturale di argomentare che il fondo era *res mancipi* con tutte le servitù attive o passive ad esso inerenti; e che, considerate queste servitù come istituti a sè, dovevano anch'esse rappresentare qualche cosa di *mancipi*. Senonchè è da osservarsi che un tale lavorìo di astrazione, grazie al quale i vincoli o diritti reali in genere potevano considerarsi come astratti dai fondi sui quali o per i quali avevano vita, assai probabilmente non si faceva ancora, poichè la servitù necessaria (legale) doveva allora rappresentarsi come un modo di essere, come un comportarsi logico e naturale delle cose stesse. Gli *iura itinerum et aquarum*, rivelandosi come effetti dei rapporti di vicinanza, per quanto in essi v'era di necessario, dovevano considerarsi non tanto come cose a sè, quanto piuttosto come faccie o aspetti o condizioni territoriali delle cose o fondi tra i quali il rapporto di servitù correva: non era quindi il caso di mostrarsi molto proclivi a farne delle *res mancipi* per conto proprio, staccate e distinte dai fondi. La opportunità di staccare le servitù dai fondi ai quali riferivansi allora poteva apparire, quando si cominciava a trattare di servitù convenzionali, o, a meglio dire, di modificazioni convenzionali ai *iura itinerum et aquarum* necessari; come erano dal principio stabiliti per la necessità stessa di un riparto ordinato, quale addicevasi all'iniziativa robusta e moderatrice dello Stato.

Allorquando poi sorsero contestazioni serie per l'intreccio dei rapporti di servitù o per gli abusi innestatisi su di esse o in luogo di esse, ovvero per le modificazioni convenzionalmente introdottevi, allora si appalesò l'importanza delle servitù considerate come istituti a sè stanti e si riconobbe la necessità di classificare i diritti di servitù in forma auto-

Digitized by Google

noma; non considerandoli più come *condiciones agrorum*, perchè ormai si erano troppo allontanati e dalla primitiva determinazione e dalle condizioni di natura, e neppure trattandoli come accessori dei fondi ai quali riferivansi. In una parola, l'importanza di tali diritti si rivelava, e quasi si acuiva, allorchè fu fatto agio di riguardarli come tanti raggi od emanazioni del diritto di dominio, con un proprio quasi-possesso e con propria caratterizzazione reale (*iura in re*). Le servitù dei predi rustici entrarono nella categoria delle *res mancipi* neppure per un processo vero e proprio di necessità logica, ma per effetto di una di quelle astrazioni giuridiche, le quali si rendono necessarie per rispondere ad un contenuto economico di pratica importanza nelle contrattazioni: e, poichè da lunga pezza si era forse sperimentato come senza inconvenienti si potesse transigere e contrattare su quelle primitive configurazioni di rapporti necessari, sorse naturale il concetto di staccare questi *iura in re* dalle *res* alle quali riferivansi, mediante un processo di comodo isolamento. Ma ciò accadeva soltanto per le *servitutes praediorum rusticorum* e non per quelle *praediorum urbanorum:* la qual cosa risulta da ULPIANO, *liber sing. regularum*, 19, 1, quando egli testimonia che *mancipi sunt iura praediorum rusticorum, veluti via, iter, actus, aquaeductus.* Evidentemente, questi erano i rapporti più importanti della vicinanza tra fondi rustici, tradotti dapprima sotto la forma di servitù necessarie o rapporti necessari di vicinanza, e poscia regolati anche convenzionalmente grazie al cambiare dei bisogni e alla conseguente necessità di cambiare le forme di manifestazione e di adempimento di quei bisogni. La base economica di un popolo eminentemente agricolo e poco industriale come il romano primitivo, confrontato coi popoli moderni e coll'estensione delle industrie alla quale ormai noi siamo abituati, doveva principalmente consistere nel territorio, nella sua ripartizione, nella sua coltivazione e nella sua sistemazione in genere. Oltre a ciò il regime edilizio non era sviluppato ancora, e per molto tempo i rapporti di vicinanza erano soltanto tra tuguri di opera tutt'altro che laterizia; mentre i grandi palagi signorili, con ricchi annessi di territori e di adiacenze, sfuggivano appunto per ragione terri-

Digitized by Google

toriale ai rapporti di vicinanza diretta e immediata: di tanto guadagnava l'agricoltura, di altrettanto perdeva l'edilizia, e la *domus* o *villa* patrizia era perfettamente isolata e così libera come priva di diritti reali, purchè non fosse stata costruita sopra una di quelle vie le quali costituivano le basi di sistemazione del transito attraverso le zone di terreno distribuite ripartitamente fra cittadini. In questa ipotesi da parte a parte della casa poteva ritenersi stabilita la servitù di passaggio, come traccia dell'antica *servitus itineris*, la quale restava per tal guisa protetta dalle esigenze storiche della sua introduzione, purchè non fosse stata distrutta dalla prescrizione liberatrice ovvero modificata o trasformata o trasportata per effetto di convenzione tra le parti. D'altra parte anche i popoli industriali moderni di tanto in quando, per ristabilire l'equilibrio territoriale delle ricchezze e per evitare l'assorbimento dei grandi centri, sentono a ricorsi storici come il bisogno di restituire importanza all'*alma parens frugum;* e non v'ha storia di popolo anche moderno che, sia pure senza intenzioni teoriche e senza pretese di sistema, non presenti di tanto in quando qualche scatto naturale e spontaneo di buona fisiocrazia, ch'è come vecchio e viril sangue trasfuso negli ambienti economici e sociali, man mano che questi rimangono come saturati per la corruzione dei grandi centri di popolazione. Infine vi ha una ragione geometrica semplicissima per aumentare l'importanza dei predi rustici sui predi urbani, in ordine alla sistemazione e al regolamento delle servitù: i rapporti occasionati per la natura e situazione dei luoghi molto più chiaramente e distintamente debbono appalesarsi dal punto di vista territoriale allorchè i territori sono vasti e *patentes*, anzichè quando in piccola superficie si veggono ammassati vari corpi di fabbriche o manufatti di altra specie. I rapporti potranno essere più numerosi e più svariati, ma riusciranno meno chiari e meno appariscenti.

178. La distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche dev'essere già perfezionata prima che si proceda alle applicazioni, le quali altrimenti non seguirebbero colla voluta precisione: per la qual cosa, anche prima di esaminare tale

Digitized by Google

distinzione in rapporto alla prescrizione estintiva delle servitù prediali, è d'uopo determinare il criterio distintivo tra le une e le altre, in modo da non tornarvi più sopra per fissarlo con maggiore certezza. E qui conviene anzitutto trar principio dai testi, per evitare il fantastico e l'arbitrario. Nella l. 1 pr. e § 1, Dig. 43, 19, ULPIANO, esaminando l'*interdictum prohibitorium de itinere actuque privato*, esce a dire che quest'interdetto *pertinet ad tuendas rusticas tantummodo servitutes:* e lo dice del tutto perfuntoriamente, come sogliono fare i commentatori spesso per meglio far risaltare il concetto del brano o frammento commentato; se pure non sale sino a questo paragrafo quell'interpolazione che ci è dato ravvisare nel luogo che risponde al § 2 inoltrato, coi suoi *sive igitur*, *sive non*, *si modo*, ecc. L'interdetto, notisi, è *de itinere actuque privato*, e non *de itinere actuque publico:* la qual cosa spiega l'esattezza superflua del *tantummodo* nel rispondere al concetto legislativo secondo la chiara convinzione del commentatore. Ma ciò che v'ha di superfluo nel commento nulla toglie al concetto chiaro e limpido dell'editto, la cui netta intelligenza risulta dalla stessa formola riprodotta nel principio del frammento. Si tratta della *via*, dell'*iter*, dell'*actus*, e, se non si avesse riguardo alla origine storica di questi *iura*, essi potrebbero razionalmente adattarsi anche alle servitù urbane, data la conformazione del primo periodo edilizio. Che più? Anche oggi per le vie della città eterna, in certe determinate ore del mattino, si veggono transitare delle greggie che dal monte scendono al piano per isvernare; anche oggi dunque l'*actus* si compie attraverso la città: ma, dove la viabilità è pubblica, non può imporsi e nè tampoco affacciarsi il concetto d'una servitù di transito, sibbene di un transito per diritto comune a tutti e che potrà anche essere regolato per luoghi e per ore. Di qui il concetto di un regolamento urbano per il transito nelle vie pubbliche; nel che noi abbiamo certamente progredito sugli antichi pur senza spostarne il concetto fondamentale, che cioè la servitù potesse soltanto ammettersi a beneficio di singoli privati e a danno di altri privati, sempre per rapporto da fondo a fondo. Non conoscendosi un vero e proprio regolamento edilizio, nei tempi storici della *via*, dell'*iter*, dell'*actus*, eviden-

Digitized by Google

temente si ritenne opportuno di classificare questi *iura* tra i *iura praediorum rusticorum* e di ammettere solo per le servitù rustiche l'interdetto proibitorio, a proposito del quale era così ben naturale che la distinzione tra le due categorie di servitù venisse ad affermarsi in modo speciale.

Nella l. 14, Dig. 8, 4, GIULIANO, occupandosi della costituzione dell'*iter*, spiega nulla vietare che una tale servitù si costituisca perchè taluno transiti soltanto di giorno: la qual cosa è quasi necessaria anche in ordine ai predi urbani. Che cosa ha voluto dire GIULIANO quì, nei suoi digesti? Prima di tutto, e senza dubbio, ha voluto dire che attraverso dei predi urbani non sarebbe ammessibile una *servitus itineris* notturna; e, s'intende, perchè, per ragioni di sicurezza e di tranquillità privata, di notte i predi urbani, le case restano ben chiuse e sbarrate all'accesso degli estranei. Resta quindi la possibilità del solo transito diurno; poichè di giorno la presenza di custodi o di ostiari basta ad impedire i temuti inconvenienti. Senonchè si tratta quì di una servitù urbana o di una servitù rustica? Il titolo è comune tanto ai predi urbani quanto ai predi rustici, ma non è detto comune alle servitù tanto per gli uni quanto per gli altri: per la qual cosa noi non abbiamo altro sotto agli occhi, senonchè il fatto che servienti sono i predi urbani. Tralasciando ora l'ipotesi che l'*iter* si debba per la ragione storica che la *domus* o il *praedium urbanum* siasi edificato proprio su di un antico passaggio di diritto privato, o a causa di comunione o a causa di servitù, ma ad ogni modo per rapporti di vicinanza: certo è che non convien propendere a ritenere la servitù rustica anzichè urbana, per le ragioni seguenti. Prima, trattandosi di una servitù per ragioni di comodità privata individuale, qualunque ne sia stata l'origine e ne sia stato il processo costitutivo, non potrebbe supporsi urbana senz'altro, dappoichè il servizio urbano è affidato a strade pubbliche e non a strade private o a servitù di passaggio privato: anche con un rudimentale regolamento edilizio, anche prima che il regolamento venga ed in virtù delle semplici condizioni di fatto, i passaggi urbani sono liberi a tutti. Ma, d'altro canto, non è da escludersi che io voglia acquistare ed acquisti effettivamente la servitù attiva di transito per la casa del vicino

Digitized by Google

allo scopo di potere accedere con maggior comodo e facilità ad una mia cantina, ad un mio magazzino, ad un mio giardino; nè questa cesserebbe di essere *servitus itineris* sol perchè introdotta nell'abitato, poichè certamente si eserciterebbe per comodo di un privato, e della vera servitù avrebbe tutti i caratteri. Del resto, il titolo in tanto si riferisce così ai predi urbani come ai predi rustici, in quanto essi sono o possono essere in rapporto di servitù tra di loro: e il giureconsulto ha voluto stabilire una regola generale per entrambe le specie di servitù riguardo all'uso compatibile colla natura urbana del fondo serviente; non dandoci così argomento di sorta per ricavare una distinzione qualsiasi tra servitù urbane e servitù rustiche.

Altro frammento si adduce, pur nello stesso titolo: ed è di Paolo (L. 7, § 1, Dig. 8, 4), che opina l'interposizione di fondi estranei alla servitù *altius tollendi* o *non tollendi*, ovvero alla servitù *itineris*, non portar nocumento all'imposizione della servitù, e poi applica lo stesso ragionamento a tre predi contigui in generale. Anche quì la regola è egualmente applicabile così alle servitù urbane come alle servitù rustiche: ed anche quì l'*iter* si può intendere applicabile tanto ai predi rustici quanto ai predi urbani. Nella l. 41 pr., Dig. 8, 2, si volle vedere un *iter urbanum:* mentre in questo suo frammento lo Scevola ci lascia in un triste imbarazzo, perciocchè esclude la servitù e rende giustificato e ammessibile un semplice diritto di transito. L'ipotesi è questa: si dispone per legato di un'abitazione e di un magazzino e di tuttociò ch'entra nella *domus* per usufrutto a vita. Presso la casa stessa sono un orto ed un cenacolo che non fanno parte del legato ed ai quali non si può accedere, se non attraversando la casa la cui abitazione era stata lasciata per legato. Il legatario, secondo la decisione del giureconsulto, deve *praestare aditum* finchè questo *aditus* non gli noccia; ma secondo il giureconsulto questo *aditus* non è una servitù. Il titolo in cui è compreso questo frammento è della servitù dei predi urbani, ma il giureconsulto espressamente determina non trattarsi di una servitù. Per vedere di giustificare il meglio possibile una tale decisione sarà bene ricorrere alle regole del legato e a quelle dell'usufrutto, per vedere se per

Digitized by Google

regola generale il legato d'usufrutto lascia intatto il diritto di *aditus* del proprietario *iure proprietatis:* se cioè l'erede ha diritto, in considerazione del diritto frazionario e dell'opportunità di mantenerlo nei più ristretti limiti, di passare attraverso il fondo di cui fu legato l'usufrutto che un giorno verrà a consolidarsi colla sua proprietà.

Nelle ll. 7, § 2, e 27, § 3, Dig. 7, 1, ULPIANO enumera gli oneri del legato d'usufrutto: la *modica refectio*, lo *stipendium* (imposta erariale), il *tributum* (imposta fiscale), il *solarium* (canone per la licenza di fabbricare in suolo pubblico), gli *alimenta ab ea re relicta* (pensione alimentare a carico della cosa gravata di usufrutto), il *cloacarium* (tassa per il mantenimento e spurgo della pubblica cloaca), il « *si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur* » (contributo annuo al mantenimento e allo spurgo dei pubblici acquedotti, a carico dei possessori dei campi di transito), la *collatio viae* (contribuzione alla sussistenza delle strade pubbliche), il « *quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus* », il « *si quid municipio fructuum viliori pretio addicere solet* », le *fusiones* o imposte fiscali. Si parla altrove anche di oneri privati; ma non si parla espressamente di servitù a favore del proprietario pel passaggio attraverso il fondo sul quale sussiste un legato di usufrutto: talchè la soluzione del quesito diventa per vero alquanto scabrosa. La cosa migliore è di esaminare se i rapporti tra proprietà e servitù comportino la prestazione dell'*aditus* in modo da soddisfare alle esigenze del proprietario e da non nuocere al diritto dell'usufruttuario; dato, per esempio, che il proprietario non abbia altro accesso al suo orto o al suo cenacolo se non attraverso al fondo legato in usufrutto e che un tale accesso non si eserciti in forma eccessivamente molesta. Per cercare una spiegazione dell'esclusione del concetto di servitù è d'uopo rifarsi sul concetto della destinazione del padre di famiglia per la costituzione delle servitù, per distinguere questa ipotesi dall'altra che dalla destinazione del padre di famiglia non fa derivare un diritto vero e proprio di servitù, ma un semplice esercizio del diritto di proprietà: la qual distinzione, in sostanza, non è che un'illustrazione sotto forma ascosta delle regole *servitus servitutis esse non potest* e *res sua nemini servit.*

Digitized by Google

Due fondi appartengono originariamente allo stesso proprietario e questi ne destina l'uso siffattamente, che per l'uno sia esercitato il passaggio all'altro *iure proprietatis*. Vende uno dei due fondi e quel transito che prima esercitavasi *iure proprietatis* viene poi ad esercitarsi *iure servitutis;* perchè la natura del diritto esercitato dal compratore sul fondo alienato è la stessa di quella del diritto che il venditore aveva dapprima sulla cosa medesima e i rapporti da un *ius optimum maximum* ad altro *ius optimum maximum*, quando hanno consistenza sulle cose, non possono altrimenti esercitarsi se non a mezzo di servitù. Diversa cosa è quando l'alienazione, accada per atti *inter vivos* o per atti *mortis causa*, abbia per oggetto non lo *ius optimum maximum*, ma una frazione di questo diritto, e propriamente una servitù di usufrutto. Della destinazione originaria non si hanno più le medesime determinazioni giuridiche, perciocchè non si hanno più due parti distinte di un diritto ottimo massimo (*ius dominii*) prima indistinto; una delle quali parti coll'alienazione sia stata trasferita: ma si hanno lo *ius optimum maximum* originario, benchè parzialmente diminuito, e un diritto nuovo e speciale frazionario di quello *ius optimum maximum* che rimane. L'usufrutto, o legato o acquistato per contratto, è sempre una servitù, e come tale non può sopportare una servitù; allo stesso modo che la frazione dell'unità non ha esistenza a sè da permettere un frazionamento proprio, distinto e considerato a parte da quello del corpo unitario al quale appartiene. Come servitù non pure non distrugge la proprietà o l'esercizio della proprietà, ma deve con questa giuridicamente conciliarsi, subordinatamente al principio che ogni limitazione di proprietà non può intendersi se non in senso restrittivo e nei limiti precisi del fabbisogno considerato rispetto alla causa per la quale la servitù s'istituisce: per la qual cosa nella nostra ipotesi, benchè si tratti di legato, pur tuttavia il legato ha prodotto appunto la servitù d'usufrutto, la quale vuol essere intesa restrittivamente, e cioè facendo sussistere anche il passaggio *iure proprietatis*, finchè non nuoccia all'usufruttuario nell'esercizio del diritto di usufrutto. La cosa usufruita dall'avente diritto alla servitù personale, del resto, è sempre di proprietà di chi ha il transito; e, poichè il pro-

Digitized by Google

prietario non può esercitare diritti di servitù sulla cosa propria, è ben naturale che questo transito rappresenti una parte dell'esercizio del diritto di proprietà stessa che spetta all'erede. Oltre a ciò l'usufruttuario non potrebbe nè volontariamente nè legalmente costituire alcun onere di servitù sul fondo usufruito; appunto perchè non ne è il proprietario e anzi trovasi egli stesso in posizione contrapposta al proprietario, per il diritto frazionario ch'egli ha sulla proprietà. Nè basta. Altro frammento degno di nota è la l. 20, § 1, Dig. 8, 2, nella quale PAOLO tratta l'ipotesi che un'*area* (corte) sia più alta della casa del vicino e che il proprietario della corte stessa abbia ceduto al proprio vicino il diritto di passarvi per entrare nella casa propria. Qualora questa corte non comunichi col piano terreno della casa in proprietà del proprietario dominante, il proprietario dominante stesso ha il diritto di costruire una scala o pendìo presso la sua porta; purchè non demolisca del fondo serviente più di quanto è necessario per l'esercizio del diritto di passaggio attraverso la detta corte. Ora si disputa appunto se quì trattisi di servitù urbana esclusivamente, dal momento che la disposizione si trova sotto il titolo delle servitù urbane. Ma questo estremo del trovarsi la disposizione sotto il titolo delle servitù urbane non sembrò interessante, dato il constatato spostamento di frammenti da uno ad altro titolo. La formola *ire agere* del resto fa parte della formola che con *aquam ducere* componeva la perifrasi esplicativa delle servitù rustiche.

Che se il *cessisti* del testo si riferisce alla *in iure cessio*, esso non porta a nessuna conclusione; perchè noi sappiamo da GAIO (II, 29) che servitù urbane e servitù rustiche si possono trattare colla *in iure cessio*, mentre la *mancipatio* può adattarsi solo alle servitù rustiche. Or dunque la servitù di passaggio, essendo nelle fonti dichiarata rurale, non diventa urbana certamente per il solo fatto che il fondo dominante anzichè rustico sia urbano: dappoichè questa sua natura ed indole di servitù urbana non risulta dàvvero dalle fonti.

Interessante e viva è anche la discussione relativa alla servitù di acquedotto, intorno al quale non è a tutta prima chiaro se debba trattarsi di servitù urbana o di servitù rustica. ULPIANO, nel libro 16 de' suoi commenti edittali (frammento 11,

Digitized by Google

§ 1, Dig. 6, 2), parla di *aquaeductus transductus per domum alicuius*, e pare come esempio di *servitutes praediorum urbanorum per traditionem constitutae vel per patientiam*; aggiungendo poi che la medesima soluzione si applica alle servitù rustiche, appunto come se queste non avessero nulla di comune coll'*aquaeductus* di cui poco prima aveva parlato, o, se non altro, come se potesse riferirsi ad un acquedotto rustico, e non più ad un acquedotto urbano. I puristi del diritto romano ritennero che l'*aquaeductus per domum* dovesse considerarsi come un'impropria servitù urbana di acquedotto, non già di acquedotto che per essere in predio urbano sia da ULPIANO additato quale una servitù urbana (RUGGIERI, *La teoria del possesso*, I, pag. 688, 692, 693). È superfluo addurre la lunga serie delle opinioni degli interpreti su questo frammento, dal momento ch'è meglio mettervisi a ragionare per conto proprio senza preoccupazioni: il buon senso ci dice che il testo di ULPIANO (se pure è genuino) significa che si accorda la publiciana anche per le servitù dei predi urbani costituite *per traditionem vel per patientiam*, come se taluno *passus est per domum suam aquaeductum transduci*; e cioè che l'acquedotto attraverso la casa è considerato come un esempio, come una figura di servitù urbane. Basterebbe a vedere, al più, se ULPIANO ha voluto alludere ad una servitù urbana impropria, ovvero ad una servitù urbana propriamente detta: ma questo non può risultare certamente dal testo che abbiamo sotto agli occhi.

Vi fu bensì il VON DER PFORDTEN, il quale escluse che in questo luogo ULPIANO avesse intenzione di esemplificare, ma ritenne bensì che egli si riferisse ad un nuovo ordine di idee, perchè i giureconsulti romani nel senso di un esempio non direbbero mai *forte si*, ma sempre *si forte*. Però ognuno vede che il periodo corre nello stesso senso tanto in un modo quanto nell'altro, e che l'argomento desunto dalla giacitura di queste due parole è di una fiacchezza fenomenale e ad ogni patto non può presentarsi come decisivo e concludente. Quel *forte si* dette poi talmente ai nervi al NOODT, che volle ravvisarvi un glossema: ma il PEROZZI, assorgendo almeno ad una spiegazione organica, ritenne che il testo fosse manipolato dai compilatori da cima a fondo, dal dativo *servitutibus* non giustificato

Digitized by Google

in alcun modo all'esempio erroneo ed al *forte* bizantino. La publiciana dovrebbe (gli altri testi e il loro insieme lo proverebbero) essere soltanto applicabile all'editto sulla compravendita, e i giuristi l'avrebbero semplicemente estesa ad altri casi: ma qui, come nella l. 12, § 2, Dig. 6, 2, (dove l'inciso — *si forte bona fide mihi tradita sunt* — sembrò interpolato anche all'EISELE), si fa l'ipotesi di tradizione in genere e non di altro che possa riferirsi alla compra-vendita o sembrare estensione di essa ad altri casi ai quali possa giungere l'*interpretatio prudentum*, pur senza discostarsi sostanzialmente dall'editto publiciano giulianeo. La corruzione del testo poi sarebbe anche dimostrata dalla l. 1, Dig. 8, 3, dove ULPIANO, nelle sue Istituzioni, pone l'*aquaeductus* coll'*iter*, coll'*actus*, colla *via* nella categoria delle *servitutes rusticorum praediorum*. Sia poi questa alterazione del testo derivata dall'incorporazione di una nota marginale, oppure dall'errore di qualche copista, è per noi perfettamente indifferente. La preoccupazione poi intorno al metodo seguito dal giureconsulto o a lui attribuito in questo frammento (ordine che sarebbe l'inverso di quello abitualmente seguito dai compilatori, di trattare prima delle servitù rustiche e poi delle servitù urbane), anche avuto riguardo ai principî vigenti in tema di usucapione ai tempi di ULPIANO, non sembra avere un'importanza decisiva e sostanziale nella materia. L'errore dei copisti consisterebbe per lo meno nello aver sostituito o, meglio, scambiato la parola *urbanorum* colla parola *rusticorum*, alla quale nel testo stesso di ULPIANO sarebbe stata sostituita, ed anche forse nello aver generato una *traiectio verborum* anticipando quel *forte si* che sarebbe dovuto trovarsi alla fine del paragrafo.

Ultimo testo che si richiama a riguardo della natura della *servitus aquaeductus* è la l. 1, § 11, Dig. 43, 20. Secondo questo frammento l'interdetto *de aqua quotidiana et aestiva* potrebbe aver luogo anche quando *in urbana praedia quis aquam ducere velit;* ed una tale conclusione sarebbe il prodotto del ragionamento seguente. Alla domanda se l'interdetto sia applicabile solo all'acqua che serve per irrigare i campi, ovvero ad ogni specie di acqua, ed anche per conseguenza a quell'acqua che serve all'uso e comodo diretto delle

Digitized by Google

persone, si risponde dal giureconsulto che sotto il concetto di *aqua* si comprende quella che *pertinet quoque ad usum et commodum nostrum*. Or fu ritenuto che colle parole *aqua quae ad agrum irrigandum pertinet* il giureconsulto abbia voluto alludere ad una servitù rustica. La controversia è di una mal dissimulata gravità. Invano si crede di rispondere esaurientemente affermando che la *servitus aquaeductus*, ontologicamente, è una servitù rustica e non cangia la sua natura sol perchè la condotta si faccia attraverso ai campi oppure per fabbricati urbani e senza scopo irrigatorio; mentre è appunto questo che si tratta di dimostrare.

Qualche argomento nondimeno si ricava dalla l. 1, pr. e § 1, Dig. 43, 19, per l'analogia con questa della l. 1, pr. e § 1, Dig. 43, 19, osservando come la formola dell'*iter actusque privatus* è simile a quella dell'*aqua quotidiana et aestiva*: e come l'interdetto *de itinere actuque privato* è accordato *ad tuendas rusticas tantummodo servitutes*. Dunque, si dice, anche l'interdetto per l'acquedotto dev' essere concesso *ad tuendas tantummodo rusticas servitutes;* ed è impossibile che una servitù urbana di acquedotto, se e finchè una servitù tale può immaginarsi, sia tutelata dal mezzo interdittale di cui si tratta. Si aggiunge l'argomento desunto dalla l. 3 pr., Dig. 43, 20, dove Pomponio conferma che secondo il diritto vigente ai suoi tempi l'acqua si poteva condurre, non solo *ad irrigandum*, ma anche *pecoris vel amoenitatis causa:* ma è bene avvertire che il giureconsulto qui non parla nè di predi urbani nè di predi rustici e che questo scopo di amenità può raggiungersi così nel mettere in opera una fontana nell'*impluvium* della *domus* urbana, come nel condurre laghi e rivoletti per la villa adriana. Al più, questo fatto dell'*irrigatio* o dell'*amoenitas* può avere attinenza colla *causa servitutis*, ossia collo scopo dell'acquedotto; ma qui non è questione della *causa servitutis*, bensì della nomenclatura e della specie dell'istituto. Si esamina anche la l. 1, Dig. 43, 20, nei §§ 12, 13 e 14. Labeone avrebbe scritto che, *etsi quidam ductus aquarum non sit fundi, quia a quocumque duci possint*, tuttavia anche per questa specie di acquedotti si possa applicare l'interdetto *de aqua quotidiana et aestiva*. Avrebbe aggiunto che, sebbene il pretore accordando l'interdetto abbia

Digitized by Google

voluto riferirsi alle acque fredde, tuttavia l'interdetto stesso non possa denegarsi per le acque calde, essendo anche di queste acque necessario l'uso: poichè talvolta le stesse acque calde, rinfrescate, possono adoperarsi per la irrigazione dei terreni. Così in Aleppo, benchè le acque siano calde, tuttavia sono necessarie per irrigare i campi. Anzi LABEONE concluderebbe che, quantunque l'acqua stessa non sia necessaria *ad agros rigandos*, tuttavia non si mette in dubbio che possa accordarsi l'interdetto *de aqua quotidiana et aestiva;* poichè all'interdetto si fa luogo o che l'acqua sia *intra urbem*, o che sia *extra urbem*. La procedura interdittale, per questo testo, si può applicare anche ad una condotta d'acqua la quale nulla abbia che fare con rapporti di fondo a fondo, nè sia necessaria all'irrigazione; e tanto se abbia luogo nella città quanto se fuori della città. Da una tale promiscuità si vorrebbe dedurre che dunque la distinzione tra servitù urbane e rustiche o non esista, o non abbia importanza pratica, o non abbia vero e proprio rapporto colla natura e qualità dei fondi tra i quali l'acquedotto intercede. Per quest'ultima interpretazione reggerebbe sempre il riflesso che l'acquedotto è una servitù rustica di sua natura, benchè l'acqua sia condotta *intra urbem*. Oltre a ciò, confrontando l'*interdictum de aqua* con quello *de itinere*, si viene a dire che anche l'*interdictum de aqua*, come quello *de itinere, pertinet ad tuendas rusticas tantummodo servitutes;* perchè altrimenti l'*aquaeductus urbanus* avrebbe lo speciale interdetto *de aqua quotidiana et aestiva*, mentre l'*iter urbanum* non potrebbe vantare una tale risorsa.

Altro testo che si adduce è la l. 1, § 8, Dig. 43, 23, in cui ULPIANO, in commentare nell'editto pretorio la formola dell'*interdictum de cloacis*, invece dell'*uti possidetis*, accorda l'interdetto speciale *de cloacis* (1), interpretando l'inciso « *quae ex aedibus eius in tuas pertinet* ». Da questo fatto e dal fatto che la l. 1, pr. e § 1, Dig. 43, 20, protegge la servitù di acquedotto in tutte le possibili sue manifestazioni, s'inferirebbe che dunque la *servitus cloacae*, a qualsivoglia specie

(1) Nella l. 1 pr., Dig. 43, 17, è riportato l'interdetto *uti possidetis*, nel quale si legge l'esclusione del rimedio per le cloache: *de cloacis hoc interdictum non dabo.*

Digitized by Google

appartenga, è sempre protetta da un interdetto speciale. Forsechè questo avveniva perchè non si voleva in taluni casi trattare la servitù di cloaca, e neppure altro *ius stiricidiorum*, talora come servitù urbana e tal'altra come servitù rustica, a seconda dei fondi che per essa venissero posti a contatto? Per ora, ci sembra che una tale conclusione possa ritenersi troppo affrettata; dappoichè non abbiamo nel testo una simile spiegazione esplicita, nè si può dedurre implicitamente da esso.

179. L'opinione dominante circa la distinzione tra servitù rustiche e servitù urbane fa dipendere una simile distinzione dalla qualità del fondo al quale la servitù è dovuta: questa opinione parte dalla Glossa e fa consistere il carattere del predio urbano nello scopo dell'abitazione. Ad essa si aggiunse il commento bartolista, che volle determinare anche con un sistema diverso da quello dell'esclusione, ossia mercè l'indicazione di un contenuto positivo, l'indole delle servitù rustiche, ritenendo rustico il predio che serve a percepire o a raccogliere i frutti. Il CEPOLLA volle anche completare il rapporto logico tra il fondo dominante e il servigio che per la servitù gli è reso, avvertendo che non basta, per dirsi urbana o rustica la servitù, che urbano o rustico sia il fondo al quale il servigio è dovuto; ma è pur necessario che un tal servigio sia reso al fondo dominante, in quanto questo sia urbano o rustico a seconda dei casi. Così una servitù dovuta ad un fondo urbano, ma *gratia fructuum percipiendorum*, per questo solo si dimostrerebbe rustica anzichè urbana. Ma si sentiva che una tale opinione doveva aver bisogno di essere in qualche modo giustificata, ed allora venne il CUIACIO a dichiarare che i *iura praediorum* debbono considerarsi come inerenti ai *praedia urbana* ovvero ai *praedia rustica* ai quali si riferiscono. Con questo concetto di inerenza ci si preparava quasi ad un non so che come di accessorio, perchè la servitù dovesse intendersi costituire quasi un'accessione del fondo al quale serviva: ma intanto noi vediamo che, dal punto di vista grammaticale e lessicografico, aderire o *inhaerere* non è la stessa cosa che rappresentare un'accessione, quantunque, perchè una cosa aderisca ad un'altra cosa di cui non sia parte, non si presenti nulla di più naturale che supporre un'ac-

Digitized by Google

cessione, dappoichè di aderenza fisica, nel senso di attaccamento delle due cose tra di loro, non è il caso di parlare. Respinto il criterio volgare di NERAZIO che i fondi debbano distinguersi in urbani o rustici, secondochè situati in città o in campagna, evidentemente doveva prevalere il concetto della destinazione dei fondi stessi ad uso di abitazione ovvero di fruttificazione naturale: destinazione la quale, per quanto concerne la produzione e la percezione dei frutti della terra, non dipende proprio per nulla dalla volontà dell'uomo. Certamente peraltro, quando si arriva a questo concetto della destinazione dei fondi per la loro naturale attitudine alla produzione dei frutti e a questa attitudine si contrappone l'uso ad abitazione di taluni ambienti o locali che potrebbero anche usarsi ad altro scopo, ognun vede che si è aperta già la porta in tutto al concetto della destinazione vera e propria *voluntate hominis*, come determinante la distinzione tra fondi urbani e fondi rustici; sebbene non pochi, in varie occasioni di costruzioni giuridiche, manifestino non lieve tendenza a diminuire l'importanza della destinazione per determinare l'indole degli istituti giuridici.

Nell'epoca moderna poi, quasi fosse fatto a posta, i concetti economici vennero a rincalzare l'importanza della destinazione: poichè si venne a considerare il contenuto della servitù rispetto al bisogno del fondo dominante, la facoltà che il proprietario del fondo dominante ha di considerare la cosa altrui come sua propria rispetto al soddisfacimento dei bisogni pei quali la servitù stessa è ordinata. Ma, poichè appunto questa funzione della cosa serviente come se fosse nella proprietà del proprietario del fondo dominante dovrebbe ad ogni modo essere limitata alle direzioni ed ai rapporti in cui consiste il diritto del proprietario del fondo dominante stesso; così questa funzione stessa diventa un mezzo per l'esercizio del diritto di proprietà, secondo la destinazione della cosa che della proprietà stessa forma oggetto. Dunque è la destinazione stessa del fondo dominante che influisce sul contenuto della servitù in rapporto colla destinazione di sfruttamento del fondo serviente. In una parola, il concetto di utilità, sul quale cotanto si volle insistere, sostanzialmente non è altro fuorchè un prodotto, una conseguenza di una determinata destinazione e

Digitized by Google

del fondo dominante e del serviente, in rapporto dell'uno coll'altro: destinazione che si ritiene capitale e decisiva per la determinazione della causa e del contenuto della servitù. Le deduzioni tratte poi dalla durata della servitù non hanno capitale importanza per la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche: dappoichè il problema sorge e si risolve quasi negli stessi termini e coi medesimi criteri tanto per le une quanto per le altre, benchè per gli edifizi urbani sia più frequente l'occasione di porre il quesito sulla traslazione della servitù dalla superficie al suolo o viceversa.

Come si vedrà, non poca attinenza al criterio distintivo tra servitù urbane e servitù rustiche ha la questione, se per diritto romano si debba ritenere possibile la compilazione di un elenco di servitù tipiche dell'una e dell'altra specie. e se ed in quanto una tale enumerazione possa aver valore o ritenersi possibile anche per diritto moderno: e ciò allo scopo di avere un indirizzo storico tradizionale, un punto fisso nell'applicazione della distinzione ai casi pratici. Ma prima di venire a questo argomento, che può stare anche da sè come trattazione storica a parte, non è fuor di luogo toccare anche degli altri criteri distintivi tra servitù rustiche e servitù urbane, oltre quello comunemente adottato dagli interpreti e consistente nella qualità del fondo dominante. Vi fu anche una teoria che volle far consistere il criterio della differenziazione delle servitù dalla qualità del fondo serviente anzichè da quella del fondo dominante: ossia chiamar la servitù urbana se dovuta da un fondo urbano e rustica se da un fondo rustico. Gli argomenti addotti a sostegno di questa opinione, oltre quello desunto dalla condanna dell'opinione sopra esposta circa l'assunzione del criterio desunto dalla qualità del fondo dominante, per verità non trovano conferma nei testi.

Da un frammento di Gaio (L. 2, Dig. 8, 2) si desume che lo *ius stillicidi avertendi vel non avertendi in aream vicini* è una servitù prediale urbana, benchè (e questo s'intende) l'*area* corrisponda ad un predio rustico. E per gli stillicidi Paolo nella l. 20, § 6, Dig. 8, 2, opina che chi edifica nell'area in cui cade uno stillicidio, può estendere l'edificio sino al punto in cui cade lo stillicidio; ed anche se lo stillicidio cade sul-

Digitized by Google

l'edificio, il proprietario del fondo serviente ha il diritto di edificarvi sopra, purchè lo stillicidio sia ricevuto come si deve (*dum tamen stillicidium recte recipiatur*), ossia sotto condizione di non impedire lo stillicidio stesso rendendo in un modo qualsiasi meno favorevole la posizione del fondo dominante. Ma l'interessante è che quì trattasi d'una servitù rustica (*in area*), quantunque il fondo serviente sia urbano: e che, argomentando per analogia da quanto accade per lo *stillicidium in area*, si può giungere fino a ritenere rustica la *servitus itineris per villam*, vale a dire attraverso un predio urbano. Anche lo spostamento del *locus qui servit* da un fondo rustico a un fondo urbano (L. 9, Dig. 8, 1), portando la servitù *per villam ipsam* (la *villa* è un predio urbano), non altera la natura della servitù ch'è di essere servitù rustica, egualmente a quanto accade per lo *stillicidium* nell'ordine delle servitù urbane. V'ha di più: anche se si tratta di fare delle costruzioni per l'esercizio della *servitus itineris*, questa cessa perciò di essere una servitù rustica: come può argomentarsi dall'opinione di CELSO (L. 10, Dig. 8, 1), il quale riporta l'opinione di PROCULO, favorevole alla potestà *fodiendi* o *substruendi* per rendere possibile l'esercizio di una *servitus itineris* legata senz'altro.

Ora nè CELSO nè PROCULO accennano in modo alcuno che dopo lo scavo o la costruzione la servitù cambi di rustica in urbana; nè dal frammento si può argomentare alcun cambiamento da prima a dopo compiuta l'opera di adattamento o di posizione della servitù in esercizio. Oltre a ciò nella l. 7, Dig. 8, 4, PAOLO si trova che la *servitus altius tollendi vel non tollendi* e la *servitus itineris* può stare anche *interpositis aedibus*, nè per questo si dice dover essa cambiar natura di rustica in urbana: e così nella successiva l. 14 da GIULIANO è detto che nulla proibisce di costituire la *servitus itineris* in modo che il passaggio sia ammesso soltanto di giorno; *quod forte* (aggiunge il giureconsulto) *circa praedia urbana etiam necessarium est.* Dunque la *servitus itineris* è data anche sui fondi urbani od attraverso ai fondi urbani.

180. Altra teoria per la distinzione tra servitù urbane e rustiche consiste nel ritenere come urbane quelle servitù che

Digitized by Google

non possono sussistere senza un edificio, sia edificio il fondo dominante o il serviente o siano edifici entrambi essi fondi. Lo stesso dovrebbe dirsi per le servitù rustiche: la servitù rustica non potrebbe esistere senza un fondo rustico, ma dovrebbe essere perfettamente indifferente che questo fondo fosse il dominante o il serviente, oppure che entrambi essi fondi fossero rustici. Questa opinione sostiene di avere appoggio nei testi, e segnatamente nell'espressione di ULPIANO, che spiega le *servitutes praediorum* con ciò che *sine praediis constitui non possunt*, e nella espressione di PAOLO che delle servitù prediali talune consistono nel suolo ed altre nella superficie. Peraltro, queste classiche espressioni non significano ancora che il predio delle servitù urbane debba essere un fondo sempre rispondente al carattere o alla qualifica della servitù; perchè apparisce evidente come il voto del frammento sarebbe egualmente adempito anche se alla servitù urbana si dessero fondi rustici e alla rustica fondi urbani: in entrambi i casi sempre di fondi si tratterebbe. Anche il suolo e la superficie potrebbero poi venire in considerazione tanto pei fondi urbani quanto pei fondi rustici. Ma gli stessi sostenitori di questa opinione non poterono dissimulare l'incertezza dei loro criteri e la difficoltà di ricavarne una nozione sicura da adattarsi a base della distinzione delle due specie di servitù: poichè appena si può concepire che sia sufficiente la promiscuità tra il fondo dominante e il serviente, e non si arriva a decidere se debba ritenersi rustica o urbana la servitù quando l'uno dei due fondi sia urbano e rustico l'altro. Non è dunque nell'essere uno o entrambi i fondi urbani o rustici, che può riposare il criterio discretivo tra le due specie di servitù: esso deve ricercarsi altrove. E altrove lo cercarono infatti i seguaci di questa opinione; perciocchè vollero ricercare servitù per servitù, almeno tra le tipiche del diritto romano, e vedere quale classificazione più si addicesse all'una e all'altra di esse, avuto riguardo alle tradizioni, ai testi e al carattere di ciascuna.

Così nelle *servitutes protegendi, proiiciendi, stillicidi avertendi* si volle che il fondo dominante fosse un edificio; per le *servitutes stillicidi non avertendi, fenestrarum* occorre che il fondo serviente sia un edificio; per le *servitutes oneris*

Digitized by Google

ferendi e *tigni immittendi* entrambi i fondi debbono essere edifici. Ma si nota che non si saprebbe che cosa decidersi per la *servitus ne prospectui officiatur* e per altre servitù, all'esistenza e all'esercizio delle quali non è assolutamente richiesto un edificio. La *servitus prospectus* può anche esercitarsi tra due terreni vacui; eppure le fonti la ritengono essenzialmente urbana. Ma, oltre a ciò, si domanda in massima qual sia la ragione per la quale nelle *servitutes oneris ferendi* e *tigni immittendi*, tra edifici entrambe, si possa riscontrare lo stesso carattere che nelle *servitutes protegendi*, *proiiciendi* e *stillicidi avertendi* in cui il fondo dominante è un edificio, e che nelle *servitutes stillicidi non avertendi* e *fenestrarum*, in cui è edificio il fondo serviente. Dunque ciò vuol dire che l'essere l'uno dei due fondi urbano o rustico, o l'esser tale piuttosto il dominante che il serviente, o l'essere urbani o rustici entrambi, non influisce per nulla sulla classificazione della servitù, la quale dev'essere certamente ispirata ad un criterio ben diverso da quello consistente nella qualità di urbani o rustici dei fondi ch'entrano tra di loro in rapporto di servitù: criterio che non deve naturalmente essere empirico nè oscillante.

181. Ed allora si comincia col fare una seria indagine sul contenuto delle servitù, per vedere se mai da un tale contenuto possa scaturire la ragione della distinzione, indipendentemente dalla qualità del fondo dominante e dalla qualità del fondo serviente. Le servitù rustiche corrisponderebbero alle *servitutes faciendi*, le urbane alle *servitutes habendi* e *prohibendi:* e così sembrerebbe risoluta la questione della classificazione delle servitù a seconda del loro contenuto, tenendo presente la tripartizione suddetta di *servitutes faciendi* (p. e. *servitus itineris, actus, viae, aquaehaustus*), *habendi* (p. e. *servitus oneris ferendi* e *tigni immittendi*) e *prohibendi* (es. *servitus altius non tollendi, ne luminibus officiatur*). Certo questo *ius faciendi, habendi, prohibendi* è desunto dalle fonti. L'esercizio delle servitù rustiche supporrebbe difatti un fatto attuale nell'esercente il diritto relativo; mentre l'esercizio delle urbane si riconnetterebbe piuttosto al diritto di avere talune opere esteriori e di

Digitized by Google

vietare al vicino di usare della cosa sua in modo da compromettere il contenuto della servitù stessa. Però, avvisando ai testi, la distinzione tra *servitutes faciendi, habendi, prohibendi* non si trova se non mediatamente e sempre oscurata da quella massima tra *servitutes praediorum urbanorum* e *servitutes praediorum rusticorum*. Anzi i testi presentano una difficoltà a proposito della negazione dello *ius aquae quaerendae* allo scopo di non diminuire l'acqua del vicino: servitù che al pari della sua positiva *ut aquam quaerere et inventam ducere liceat*, di cui parla LABEONE nella l. 10, Dig. 8, 3, e nella l. 21, Dig. 8, 5, deve considerarsi come servitù rustica. Infatti da ULPIANO, a proposito dell'interdetto *de aqua cott. et aestiva*, nella l. 1, § 28, Dig. 43, 20, è dichiarata valida la costituzione della servitù — *ne liceat sibi aquam quaerere* —: e questa servitù i confutatori di tale opinione ritengono rustica, mentre per quanto si può dedurre dal testo sembra che piuttosto si possa ritenere come promiscua. Ad ogni modo, anche di fronte alla promiscuità, l'*aquam non quaerere* rappresenta una *servitus prohibendi* come la *servitus altius non tollendi* e quella *ne luminibus officiatur*: la qual cosa è proprio contraria alla promiscuità di tutte le servitù, a cui tutela è accordato l'interdetto *de aqua quotidiana et aestiva*, dappoichè le *servitutes prohibendi* dovrebbero rappresentare il tipo delle servitù urbane. Ora tra la promiscuità sufficiente a quell'interdetto e il carattere spiccato di urbane accordato e riconosciuto nelle *servitutes prohibendi* si ravvisa tale e tanta differenza, che si comprende a tutta prima come non sarà mai possibile armonizzare intieramente i due risultati. Ad ogni modo, questa obbiezione desunta dalla *servitus aquae non quaerendae* non sembra esauriente di tutta quanta la controversia; e, anche dopo una tale confutazione parziale, si sente che c'è un vuoto non riempito dalla scienza, e che ancora si potrebbe discutere e contrastare in base a questa così recisa distinzione: quantunque questa, avendo, secondo i suoi sostenitori, dei contorni così bene delineati, si mostri già sin dapprincipio ben poco suffragata nei testi in rapporto all'importanza che dovrebbe avere se fosse il sostrato della distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche. Oltre a ciò vi dovrebbe essere,

Digitized by Google

in modo speciale per questa determinazione dei criteri discretivi delle due specie di servitù, tutto quanto un lavorìo storico fortissimo e speciale attraverso lo sviluppo della giurisprudenza classica: sviluppo e lavorìo che appunto i sostenitori della relativa opinione non sono ancora riusciti a comprovare, come l'importanza della cosa esigerebbe. In sostanza, per tal modo la vera e fondamentale classificazione romana di servitù urbane e rustiche, anzichè spiegata e dichiarata, viene effettivamente supplantata da un'altra distinzione, che pur si ritiene di poter nascondere sotto il manto, sotto l'egida di quella distinzione; come se grazie alla distinzione protettrice possa essere ammessa la distinzione protetta. A noi sembra peraltro che, per quanto l'opinione da noi esaminata abbia l'alto pregio dommatico di richiamare il criterio distintivo delle servitù sul contenuto di esse e di evitare la promiscuità di una servitù sola ed in una sola forma configurata, tuttavia essa opinione, pretendendo di avvistare una distinzione fondamentale e sufficiente per tutte le specie di servitù, venga con ciò solo a dimostrare l'inutilità teorica e pratica della distinzione tra servitù urbane e servitù rurali, se pure queste servitù non si vogliano far dipendere dalla qualità dei fondi ai quali si riferiscono, secondochè urbani o rustici. Ma dato che non basti il riferimento delle servitù ai fondi rispettivi per ispiegare la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, certamente l'importanza di una tale distinzione svanisce per noi, quante volte vogliamo mendicare ad altro ordine d'idee, ad altro campo il criterio di base per la distinzione stessa, sol per uno sforzo di obbiettivazione del contenuto, in base ad esigenze teoriche le quali non sempre sono mantenute nei giusti e modesti confini del fabbisogno per le costruzioni giuridiche elementari.

182. Viene anche in campo la teoria della destinazione normale o regolare, quale almeno si presume dall'osservatore e dall'interprete in base al criterio di opportunità e di generalizzazione dei metodi di sfruttamento e delle utilità più frequenti che si ricavano dallo sfruttamento dei fondi. Obbligata a scegliere, questa opinione appunto volle basarsi sulla qualità del fondo dominante: se non altro perchè, trat-

Digitized by Google

tandosi dello sfruttamento delle utilità dei fondi servienti, la misura delle relative utilità non potrebbe esser data, desunta o fornita che dallo stesso fondo dominante: in caso diverso mancherebbe il mezzo per commisurare e la potenza e la direzione stessa dello sfruttamento. In ipotesi astratta, certamente, al modo stesso che il proprietario di un fondo può serbare il suo fondo ad una piuttostochè ad altra coltura, ad una piuttostochè ad altra forma di sfruttamento, esso può determinare di servirsi in un modo anzichè in un altro dei vantaggi e delle utilità che a lui possono provenire da un altro fondo: salvo il limite che può derivare dalla natura così dei fondi come delle utilità stesse di sfruttamento. Il punto scabroso della teoria e della distinzione fondata sulla destinazione consiste precisamente nell'evitare che o le leggi volontarie della destinazione siano compromesse dalle leggi necessarie della natura dei fondi, o queste leggi necessarie tiranneggino e sopprimano la destinazione volontaria dei fondi stessi. Per nostra speciale convinzione, noi riteniamo bensì che la destinazione dovuta alle leggi necessarie della natura non sia di carattere e di efficienza diversa, soprattutto, della destinazione dovuta alla libera volontà dell'uomo: ma ad ogni modo in questa destinazione che dipende esclusivamente o soprattutto dalla volontà dell'uomo si riscontra qualche cosa di speciale e ben diverso da quanto può essere il prodotto di una mera destinazione naturale, che l'uomo può secondare e dirigere quando equivoca, ma non può contrariare. Or dunque allorchè dall'ispezione dei luoghi risulta che una data servitù o che la servitù in genere è il prodotto della destinazione del proprietario del fondo dominante ed anche del proprietario del fondo serviente, in quanto questi presta il suo consenso per la costituzione della servitù stessa, si può concludere che l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo dominante, nell'espansione della sua sfera di attività sul fondo serviente, conduca a ritenere la servitù in parola piuttosto come rustica o piuttosto come urbana. E, se questa considerazione, questo esame potessero bastare alla classificazione della relativa servitù, il mezzo a nostro modo di vedere dovrebbe reputarsi assai buono e perfettamente giuridico. Ma anche in tale ipotesi non sarebbe la destinazione

Digitized by Google

in sè stessa quella che avrebbe influenza decisiva e sostanziale sulla classificazione delle servitù; poichè anche la destinazione, per essere operativa ed efficace in un senso piuttostochè nell'altro, deve essere interpretata in conformità cogli istituti giuridici ai quali può aver tratto o sui quali può esercitare la sua ingerenza. Così, per vedere se le parti abbiano inteso di costituire una servitù prediale urbana o rustica, non basta tenersi unicamente all'intenzione manifestata dalle parti in un modo o nell'altro, ma conviene anche esaminare una simile intenzione in rapporto alla disposizione di legge; perchè appunto ed in quanto a tali disposizioni essa venga ad uniformarsi. La volontà delle parti, rivelantesi nell'atteggiamento esteriore dell'esercizio del loro diritto, può veramente servire come punto di partenza e quasi come sostrato di fatto per l'applicazione dei criteri giuridici designati alla costruzione di una data specie di servitù prediali. Certo è che la destinazione, ed in ispecie quella dipendente dalla volontà dell'uomo, influisce assaissimo nella generazione dei fatti e dei negozi giuridici; e a tutta prima noi ci sentiamo indotti ad esaminare questo fattore come essenziale, rimanendo prevenuti in certo modo che pur qualche costrutto debba ricavarsi da un tale esame. Ma in questa teoria è facile quanto mai tornare sul tema del contenuto, quasi il contenuto stesso fosse un aspetto del fenomeno giuridico della destinazione: infatti si dice, a mo' d'esempio, che la servitù si deve indicare come urbana o come rustica, secondochè il suo contenuto si trova regolarmente in ordine a fondi rustici o regolarmente per edifici (1), e che di conseguenza il diritto di passo e quello di acquedotto spettano a fondi rustici, come spettano per contrario a' fondi urbani le *servitutes altius non tollendi, tigni immittendi* e simili. Siamo dunque daccapo colla teoria del contenuto delle servitù, e risorgono tutte le obbiezioni contro il concetto del comportamento normale: obbiezioni che si concentrano nel cambiamento della denominazione di una stessa servitù a seconda dei casi ed anche nella insufficiente dimostrazione che taluna delle servitù (quali quelle *calcis coquendae, stil-*

(1) Windscheid, *Pandette*, vol. I, p. 1ª, § 210.

Digitized by Google

licidii non avertendi, fenestrarum, ecc.) debba ritenersi appartenere piuttosto ad una che ad altra categoria. Aggiungasi che, se si ha riguardo al preteso concetto di annessione delle servitù ad un fondo rustico o urbano, non minori sono le difficoltà: perciocchè non sempre nè in ogni caso questo concetto dell'annessione ordinaria può essere praticamente discoperto e può rivelarsi nell'applicazione pratica. Oltre a ciò, guardando bene, si dovrebbe dire che il concetto e la espressione sono erronei, inquantochè la servitù non è già una cosa corporale o parte di cosa corporale, di cui si possa ritenere l'annessione ad altra cosa o l'incorporazione in altra cosa; ma oltre a ciò l'annessione non potrebbe mai essere tanto un fatto di destinazione volontaria, che in esso non prevalessero delle vedute d'ordine fisico e naturale, le quali ci condurrebbero alla teoria dell'annessione facendoci trascurare i principî della destinazione. Dall'esame di fatto restano sempre fortissimi argomenti a favore della promiscuità di un dato tipo di servitù a seconda della pratica applicazione che se ne faccia: la luce e il sole, costruendo, si possono togliere tanto all'edificio quanto al fondo rustico del vicino: epperciò, se si vuole istituire una servitù di non fabbricare o di non sopraelevare presso ad un'area di fondo rustico, non si comprende perchè la servitù non possa ritenersi rustica. Dunque noi dobbiamo acquistare la persuasione che, se di destinazione si deve parlare quì; se la destinazione si vuol ritenere egemonica e ispiratrice della distinzione stessa per modo da renderne piena ed esatta ragione, convenga prescindere da ogni altro riflesso, da ogni altra indagine. Le parti nella loro convenzione, espressa o tacita, nella lunga ed immemorabile osservanza, come nella solennità di un atto compiuto col ministero del pubblico tabellione, intesero esse d'imprimere ai loro fondi tale una destinazione di uso e di sfruttamento, che la servitù ne risultasse conseguenzialmente istituita? Questo è il vero punto d'appoggio della destinazione. Se le parti vollero aderire al contenuto della servitù e la posizione di fatto conforta la relativa posizione giuridica; in tal caso diremo che non solo in generale la servitù, ma quella data servitù che vediamo in esercizio dipende dalla destinazione delle parti stesse, è il frutto della

Digitized by Google

volontà tradotta in efficienza di negozio giuridico. Ma, e quando le parti non manifestano la loro volontà di costituire una servitù rustica piuttostochè una servitù urbana o viceversa, come dovrà qualificarsi la servitù? Qual mezzo potremo noi avere di far ciò, restando sempre nel campo della destinazione? Suppongasi l'esempio di un palazzo urbano con molto spazio a giardino od orto e larghe adiacenze coltivate, e accanto altro palazzo colle stesse adiacenze in proporzioni pressochè eguali: or dall'un giardino od orto all'altro giardino od orto si potranno naturalmente stabilire anche delle servitù rustiche, benchè si tratti di fondi urbani. Viceversa, in una microscopica villa di campagna potranno essere agglomerate tre case tra le quali vengano a stabilirsi servitù urbane: talchè ciò che avviene ordinariamente o normalmente, quanto all'indole di dette servitù, non potrà trovare applicazione nel caso pratico.

183. Altra teoria sarebbe quella che ravvisa le servitù urbane nelle negative e in tutte quelle *che s'incorporano nello stato dell'edificio dominante.* Quest'ultima espressione di colore oscuro è, come quella dell'annessione nella teoria della destinazione, oggetto di ben duri equivoci. Anche l'*habere* caratterizzante le servitù urbane positive dovrebbe essere di speciale natura, e cioè contenuto nell'*habere* del *praedium dominans.* Si osserva che l'*aquam non quaerere,* comechè servitù negativa, tuttavia è rurale; e il diritto di aprir luci nel muro del vicino, benchè servitù urbana, tuttavia non s'incorpora punto nello stato del fondo dominante. Ma qui è il caso proprio di dire che tanto coloro i quali sostengono l'incorporazione quanto quelli che la negano non sanno proprio che cosa si dire; appunto perchè un diritto incorporale non si può incorporare per sua stessa natura in un fondo, necessariamente corporale. La incorporazione giuridica, virtuale, simbolica o ideale che dir si voglia, è del resto possibile in ogni servitù, per quanto ogni servitù può essere sottoposta al quasi-possesso: ma, guardando bene addentro nella ragion d'essere e nella causa giuridica delle servitù, noi per vero non troviamo altro se non che le servitù per il loro esercizio e per il loro congegno stesso non

Digitized by Google

sono fuorchè tante manifestazioni del concetto di proprietà e di quel dato concetto di proprietà che si ravvisa e si trova in atto in un caso determinato secondo le circostanze delle persone, dei tempi e dei luoghi, secondo quello che apparisce dagli atti delle parti e dallo stato di fatto dei fondi posto in rapporto di servitù. E con questo già ci avviciniamo non poco all'esame e alla determinazione di ciò ch'è la destinazione del padre di famiglia, compatibilmente colla natura dei fondi, colla loro potenzialità di sfruttamento e colla speciale attitudine che presentano ad uno od altro uso: campo questo che non si presta nè a regole generali nè a determinazioni di servitù tipiche. Ed in ciò appunto il pensiero giuridico moderno si viene, se non erriamo, allontanando dalle servitù tipiche del diritto romano storico: il colmo dei rapporti patrimoniali, raggiunto nella nostra società, ci permette di por mano all'analisi obbiettiva e logica dei casi speciali, secondo il loro reale comportamento e la loro effettiva manifestazione. Ma anche nell'esame di una tale destinazione pratica potranno esservi e vi saranno difficoltà, nel senso che non sempre si potrà a tutta prima discernere quando le parti abbiano inteso dar vita ad una servitù urbana e quando ad una servitù rustica: e poi anche allora vi saranno dei casi in cui una medesima configurazione di servitù potrà essere da taluni intesa come urbana e quella stessa servitù da altre parti considerarsi come rustica. Per tali premesse si dovrebbe rivelare come inutile la distinzione tra le due categorie di servitù, e sarebbe il caso d'invocare altri criteri ed altri punti d'appoggio per la classificazione più opportuna e più conveniente a racchiudere in sè tutte quante le categorie di servitù senza alcuna ometterne. Ma assolutamente ed in ogni caso è giuocoforza abbandonare e la parola e il concetto dell'incorporazione: parola e concetto da cui non possono sorgere che equivoci dannosissimi, e malintesi contro ai quali non si dà rimedio nè in teoria nè in pratica.

184. Secondo un'altra opinione, più modesta e basata soprattutto su resultati empirici, la massima parte di servitù urbane sarebbe composta di servitù continue e la massima parte delle servitù rurali offrirebbe il contingente alle discon-

Digitized by Google

tinue. Ma questa opinione evidentemente non regge neppure essa, poichè, p. e., per la servitù di acquedotto non vien fatto di ritenere, almeno a tutta prima, il carattere della discontinuità. Oltre a ciò il solo riferirsi alla maggior parte delle servitù urbane e alla maggior parte delle servitù rustiche indica che il criterio non è nè fisso nè sicuro, nè conducente a retta classificazione.

185. La demolizione dell'opinione dominante, ossia di quella della Glossa, fu proclamata risolutamente dalla critica moderna. E invero quell'opinione aveva in suo favore poco più che una malsicura interpretazione grammaticale. Il concetto d'inerenza agli edifici, appropriato alle servitù dei predi urbani da GIUSTINIANO (§ 1, *Istit. giust.*, 2, 3), e il concetto di necessità dell'esistenza di predi perchè la servitù possa costituirsi (L. 1, Dig. 8, 4) non hanno nessuna importanza nella questione se entrambi i fondi debbano essere urbani in servitù urbana o rustici in servitù rustica, oppure quale dei due fondi posto in rapporto di servitù debba essere urbano in un caso e rustico nell'altro. Il dire che come i *iura hominum cohaerent personis* così i *iura praediorum urbanorum inhaerent praediis urbanis* e quelli *praediorum rusticorum inhaerent praediis rusticis*, come dal CUIACIO in poi sostennero quasi tutti gli interpreti dell'opinione dominante, è un giuoco di equivoci; poichè la servitù si può considerare anche data una sola e medesima configurazione giuridica tanto dal punto di vista attivo quanto dal punto di vista passivo. Dal punto di vista attivo è inerente al fondo dominante; dal punto di vista passivo è inerente al fondo serviente. Il criterio dunque che si vorrebbe desumere da questo concetto d'inerenza è assolutamente e fortemente malsicuro. E non vi è neppur bisogno di risalire alla ricostruzione delle *servitutes praediorum* in confronto colle *servitutes personarum*, nel riflesso che l'espressione *servitutes praediorum* abbia sostituito l'altra di *iura praediorum* e che la servitù in origine non altro rappresenti fuorchè una deroga convenzionale alla vicinanza tra fondi, fissata per virtù di legge e all'infuori di ogni accordo tra vicini. Ma chi ci garantisce allora che la sostituzione dell'espressione *servitutes prae-*

Digitized by Google

diorum all'altra *iura praediorum* non abbia potuto coincidere colla possibilità sôrta di derogare mercè convenzione alle regole di vicinanza legale? non limitandosi alle necessità della vicinanza legale (quasi come una funzione della comproprietà) ma assorgendo alla destinazione del proprietario del fondo dominante? Meglio è forse ricorrere alla grammatica per chiarire la forza del genitivo, quando di appartenenza e quando oggettivo, e venir così alla conclusione che *servitutes rerum* o *praediorum* non è detto che formino un vero contrapposto a *servitutes hominum* o *personarum*, nel senso come le servitù si dicono personali perchè ed in quanto sono esercitate da persone, così dicansi prediali urbane perchè ed in quanto esercitate da predi urbani e prediali rustiche perchè ed in quanto esercitate da predi rustici. Del resto, si sa che talora per *servitutes urbano praedio debitae* non s'intendevano servitù prediali urbane, ma servitù dovute al fondo dotale: ULPIANO decideva che il marito non può rimettere ossia condonare le servitù dovute al fondo dotale (evidentemente perchè su di questo fondo non può esercitare diritto di proprietà), e nell'altro frammento parla di servitù dovuta ad un predio dotale urbano, ma non di servitù urbane in genere o di ogni altra servitù urbana che fosse costituita, poniamo, a favore di un predio rustico. La *communis opinio* non potè esimersi dal riconoscere talune servitù come necessariamente urbane ed altre come necessariamente rustiche, soprattutto perchè i tipi storici s'imposero fino a divenir quasi prepotenti: però vi sarebbero delle servitù irregolari, ossia delle servitù che talora possono essere rustiche e talora urbane, e vi sarebbe anche la possibilità di classificare in un modo una data servitù (astrattamente parlando) e di classificarla poi in modo diverso nel caso concreto. Eppure si nota che anche le servitù tipiche del diritto romano classico, per ischierarsi nell'uno anzichè nell'altro gruppo, dovevano pure essere informate ad un qualche criterio pratico: la l. 1 pr., Dig. 8, 2, e la l. 1 pr., Dig. 8, 3, l'una di PAOLO e di ULPIANO l'altra, sembrano appunto volere accennare a criteri precostituiti e preordinati, se non nella mente del giureconsulto, per lo meno nella tradizione giuridica dei suoi tempi. Che vi fosse peraltro una

Digitized by Google

categoria di *iura communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum* per quelle figure giuridiche le quali non entrassero a far parte nè dei *iura praediorum urbanorum* nè dei *iura praediorum rusticorum*, è asserzione in verità gratuita e che noi non possiamo assolutamente riprometterci di dimostrare.

GIUSTINIANO e i suoi compilatori adoperano anche un'altra volta l'espressione *communia* (*iura*), intitolando il tit. 43 del lib. VI, Cod. (*communia de legatis et fideicommissis*); dove certo non potrà dirsi si voglia alludere ad una terza categoria diversa dai legati e dai fedecommessi. Oltre a ciò il contenuto stesso delle norme comuni tanto ai predi urbani quanto ai predi rustici ci addimostra a chiare note non potersi trattare d'una terza specie di servitù distinte dalle urbane e dalle rustiche; talchè questa opinione non potrebbe sostenersi con serietà, insistendo. Dunque, ritornando alla *communis opinio*, le due categorie di servitù non vi sono nettamente distaccate e si fa sempre luogo alla presenza di casi neutri od equivoci; e però si è inteso il bisogno di ricorrere a correttivi e a criteri accessori o complementari, quale a mo' d'esempio quello desunto dal preteso maggiore incomodo che le servitù urbane producono per il fondo dominante in confronto delle rustiche, vale a dire da un semplice criterio quantitativo, e prescindendo vuoi dalla essenza della servitù, vuoi dalla natura del fondo dominante. Questo criterio ripugna perchè si vede come, a parte l'elemento quantitativo, in entrambi i casi la natura della servitù è la medesima; ed oltre a ciò può una medesima servitù giovare ad un terreno vacuo e ad un fabbricato insieme, senza che si possa determinare in questo caso se la servitù sia urbana o rustica, qualora e terreno vacuo e fabbricato appartengano ad un medesimo proprietario. Certamente una servitù non può concepirsi come rustica e urbana nel tempo stesso; ed allora è pur necessario decidersi nel dare la prevalenza o all'edificio o all'area vacua o semplicemente coltivata presso di cui trovasi il dominio della servitù stessa: la quale preferenza dovrà essere ispirata ad un criterio certamente diverso da quello della prevalenza dell'interesse patrimoniale, perchè, trattandosi di un medesimo proprietario e dell'edificio e dell'area, la destinazione

Digitized by Google

di quei beni non consentirebbe neppure una separazione ideale tra l'edificio e l'area coltivabile, trattandosi di due fondi incorporati, uniti, indivisibili. L'opinione comune inoltre dovette necessariamente ammettere tale una minuta ricerca, caso per caso, del comportamento e del contenuto della servitù, che nulla di fisso e di generale si sarebbe potuto determinare per ogni servitù senza l'analisi del caso speciale: quindi la diversità e la contraddittorietà delle risoluzioni a seconda dei casi e la mancanza di criteri sicuri e determinati per ogni specie di servitù considerata in sè obbiettivamente e come indipendente dai fondi ai quali talvolta o tale altra può riferirsi.

Eppure, specialmente in diritto romano, che qualche criterio fisso e invariabile presiedesse alla determinazione della categoria delle servitù era ben necessario. Era necessario perchè le servitù rustiche erano considerate come *res mancipi*, diversamente dalle urbane: quindi il cambiamento di categoria sarebbe stato di ben grave momento. Per vero non mancò chi avesse il coraggio di riconoscere ed ammettere la possibilità di un tale mutamento, come se l'acqua anzichè per l'uso di cucina si adoperasse per l'irrigazione di un fondo o viceversa; quantunque il contenuto della servitù sia il medesimo in entrambi i casi e non cambi nè per la diversa quantità dell'acqua occorrente nè per una od altra modalità dell'uso: tanto più che anche per uno stesso uso la quantità di acqua può variare ed anche uno stesso uso è sottoposto ad oscillazioni in ragione dei tempi. L'essere una servitù più o meno onerosa non importa necessariamente una differenza intrinseca e neppure trova riscontro nei testi; anzi trova ostacolo potentissimo nel cosiddetto sistema delle servitù tipiche conforme al metodo di aggruppamento e di classificazione attorno a taluni capisaldi, come deve dirsi delle servitù di passaggio e di acqua.

186. Ma intanto, sempre il bisogno di cercare un criterio fisso c'induce a stabilire prima di tutto che, se distinzione vi era tra servitù urbane e servitù rustiche, una tale distinzione non poteva per i suoi criteri informatori distaccarsi nell'essenza sua da quella tra fondi urbani e fondi rustici;

Digitized by Google

ritenuta questa distinzione anche nel caso di fondi liberi ispirata ai criteri stessi dei fondi gravati o favoriti da servitù nei rapporti reciproci. Si richiama per l'antico diritto romano la distinzione tra *familia urbana* e *familia rustica:* ma il criterio staccato della destinazione apparisce dal fr. 4, Dig. 20, 2, di NERAZIO, relativo agli *invecta et illata.* NERAZIO fissa la sua attenzione sugli *stabula,* quando non sono annessi ad alcun edificio attiguo alla città, e si domanda se debbano considerarsi tra i fondi urbani o tra i fondi rustici. Risponde che non sono urbani perchè staccati dagli altri edifici, ma rapporto al pegno tacito non differiscono molto dai fondi urbani. E da POMPONIO nella l. 7 pr., Dig. 20, 2, si ammette che il proprietario del fondo locato possa, all'infuori di ogni convenzione, avere il diritto di pegno sui frutti dei fondi rustici: e lo stesso pegno tacito per gli *invecta et illata* è dato nella l. 4 pr., Dig. 2, 14, da PAOLO anche per tacita convenzione, quando si tratta di fondi urbani. Intanto, prima d'ogni altra cosa, constatiamo che doveva esservi, teorica o pratica, una controversia circa la distinzione delle due categorie di predii: urbani e rustici. Nella l. 198, Dig. 50, 16, ULPIANO afferma: *urbanum praedium non locus facit sed materia,* e dice che per predi urbani debbono intendersi non solo gli edifizi che si trovano entro la città, ma anche le osterie, gli alberghi ed altri luoghi dati a pigione nei villaggi e nelle terre e le case destinate al solo piacere; perchè non il luogo, ma la materia rende urbano il predio. Perciò debbono comprendersi sotto la denominazione di predi urbani anche gli orti negli edifizi: ma se gli orti hanno un'estensione considerevole e dànno rendita, o di vite o di olivo a mo' d'esempio, in tal caso debbono considerarsi come rustici. Componendo dunque le opinioni di NERAZIO, di POMPONIO, di PAOLO e di ULPIANO, si dovrebbe venire a questa conclusione: ai tempi di NERAZIO e POMPONIO, contemporanei, ritenevasi prima di tutto utile e pratica una distinzione tra fondi urbani e fondi rustici in ordine alla questione del pegno e dell'ipoteca tacita. Data la natura produttiva dei fondi rustici e la destinazione dei fondi urbani ad essere occupati da cose mobili ed anche in gran parte abitati dalle persone, evidentemente il privilegio pignoratizio od ipotecario del proprietario del

Digitized by Google

fondo locato, se il predio era urbano, si esercitava normalmente sugli *invecta et illata;* e, se il fondo era rustico, esercitavasi sui frutti naturali prodotti dal suolo. Però potevano esservi in via anormale dei predi rustici improduttivi (quali gli *stabula quae non sunt in continentibus aedificiis*); pei quali, non essendo possibile pignorare i frutti naturali, il pegno o l'ipoteca doveva rivolgersi sugli *invecta et illata* come se si fosse trattato di predi urbani. Un secolo dopo, ULPIANO e PAOLO cambiavano tono: gli *invecta* e gli *illata* sono suscettibili di pegno tacito nei fondi urbani (dunque di *invecta et illata* nei fondi rustici non si parla), ma è la materia della costruzione in questi fondi che li distingue dai rustici. Però vi è un punto nel quale può sorgere controversia: e cioè non più per gli *stabula,* che ormai dalla loro materia sono caratterizzati come predi urbani, bensì per gli orti che sono annessi agli edifici. E qui non si deve stentare a richiamare le regole delle accessioni: o quegli orti hanno un'importanza staccata dagli edifici ai quali sono annessi e per la loro estensione e per le loro qualità redditizie (il *plurimum in reditu sunt* della l. 198, Dig. 50, 16, è stato inteso in ragione estensiva o superficiaria, ma potrebbe anche intendersi in senso quantitativo in relazione al *reditus:* la qual cosa però non guasterebbe il criterio delle accessioni, perchè anche abbandonando il criterio della estensione superficiaria resta il reddito come indice positivo o negativo di qualità accessoria), ed allora sono predi rustici; o quegli orti rendono poco o niente o soltanto per qualche uso alimentare della famiglia (dappoichè non vi è orto che produce frutto, l'*esse in reditu* vuole interpretarsi nel senso di produttività eccedente gli usi personali del proprietario e della sua famiglia), e allora sono parti del predio urbano costituito dall'edificio e dalle sue accessioni. Veramente, a proposito della distinzione tra fondi urbani e fondi rustici, nè ULPIANO nè altri giureconsulti si affaticavano a ricercare se le case e cascine annesse ai fondi rustici servissero per abitazione dei coltivatori, per deposito degli attrezzi e dei prodotti della coltivazione, e per la custodia dei frutti pendenti, anche se di materia simile a quella delle case che sono entro la città; e neppure, a proposito di *invecta et illata* nei fondi rustici, subordinatamente allo scioglimento

Digitized by Google

del quesito sulla classificazione delle case rustiche, si aprì la ricerca in ordine al diritto di pegno o di ipoteca spettante al proprietario locatore in caso di fitti non pagati. Anzi dalla insistenza colla quale, parlandosi d'*invecta et illata* si fa riferimento ai fondi urbani, sembra sorga spontanea la domanda, se i giureconsulti non applichino la regola del pegno tacito agli *invecta et illata* dei fondi rustici per deliberato proposito, oppure se non parlino di *invecta et illata* nei fondi rustici perchè *invecta et illata* nei fondi rustici non possono concepirsi.

Le regole delle accessioni o delle pertinenze o dipendenze tra immobili e immobili potrebbero forse risolvere ogni questione: ma purtroppo in diritto romano mancano norme per decidere se si tratti di accessione, rispetto al fondo cui per destinazione serve, dell'edificio fabbricato su di un campo a scopi esclusivamente agricoli. Forse negli usi romani le stesse popolazioni esclusivamente agricole erano agglomerate in ville anzichè ripartite per fattorie di coltivazione, se e dove si trattava di coltura sminuzzata: ma nel caso di latifondi costituenti aziende così vaste, da dovere procedere ciascuna per proprio conto, assai probabilmente il quesito si sarà potuto fare, tanto se il sistema era della coltura diretta, quanto se era dell'affitto. Senonchè è proprio doloroso confessare che un tal lato della questione, in cui il rapporto della materia certo oggidì passerebbe in seconda linea di fronte al criterio della destinazione, non fu punto lumeggiato nel diritto romano. Però è giusto riconoscere che per gli orti era più grave il quesito; dappoichè, sebbene essi non avessero la materia degli edifici, tuttavia trovavansi entro le mura e per giunta annessi ad un edificio: mentre per ritenere rustici i fabbricati annessi ai campi fuor delle mura non si doveva vincere altro ostacolo da quello della materia in fuori, ma non l'ostacolo desunto dalla situazione o localizzazione dell'immobile. Il nucleo della questione, messe da parte le case rustiche nel silenzio della giurisprudenza romana, si riduce dunque a vedere se dalla continenza edilizia prospettata da Nerazio alla materia affermata come criterio generale da Ulpiano per la distinzione delle servitù nelle due categorie di cui si tratta vi sia tale un distacco di criteri giuridici da

Digitized by Google

far pensare ad un cambiamento radicale a intervallo di un secolo.

Starebbe in contrario a questa opinione la distinzione tra *familia urbana* e *familia rustica*, che da POMPONIO, contemporaneo di NERAZIO, fu chiaramente fondata nella l. 166 pr., Dig. 50, 16, non sul luogo della dimora di quel servo della cui applicazione giuridica alla distinzione tra cose urbane e rustiche si tratta, ma sulle mansioni giusta la destinazione del proprietario. Ora qui POMPONIO stesso, per la *familia*, anticipa di un secolo quello stesso concetto sfavorevole all'ubicazione che ULPIANO avrebbe dovuto porre in voga come regola generale per la distinzione dei fondi. Se dunque POMPONIO si preoccupa di dissipare per la *familia* lo stesso criterio da lui come un secolo dopo da ULPIANO seguito per gli orti, quantunque il primo parli espressamente di materia ed il secondo non parli che di potenzialità produttiva, e scindendo altresì il concetto del luogo per gli *stabula;* ciò significa che dunque il concetto del luogo non era sovrano informatore della distinzione tra i beni neppure nella prima fase della vita giuridica romana e che solo si poteva forse ritenerlo come un criterio concorrente, come un indizio di classificazione e nulla più. Certo fa impressione sentire il *non loco sed genere distinguuntur* di POMPONIO: ma d'altra parte è d'uopo volar troppo con la fantasia per giungere ad una tale conclusione, quasichè soventi volte la distinzione territoriale non coincidesse colla distinzione generica ossia relativa al genere; tanto più che parlare di distinzione relativa al genere significa dire ben poco più che nulla. Per i servi, pedissequamente alla l. 166, Dig. 50, 16, si può partire dal punto di vista del genere delle occupazioni; ma, quando si tratta di cose inanimate, si può soltanto cavare un costrutto dalla destinazione, la quale per certo deve avere anche rapporto colla situazione ovvero ubicazione dei luoghi. E lo stesso partendo dall'*usus* si disse per *supellex;* e lo stesso ragionamento poteva condurre all'unico criterio pratico della destinazione, che escludeva per fermo dei concetti generali di classificazione e richiedeva un esame pratico caso per caso: anche per vedere se una *penus* situata in villa per il suo uso dovesse nondimeno ritenersi urbana, era d'uopo ricorrere

Digitized by Google

alla ricerca della sua destinazione, poichè il testo dice *urbico usui destinata* (L. 4, § 5, Dig. 33, 9). Talchè bisogna sforzarsi d'interpretare la mente di ULPIANO e il concetto di FLORENTINO (L. 211, Dig. 50, 16), il quale non insiste neppure sulla regola essenziale che *ager cum aedificio fundus dicitur*, per venire alla logica conseguenza della utilizzazione e destinazione economica come indice di destinazione giuridica, giusta quanto vedemmo seguendo il criterio dell'accessione per gli orti annessi a case urbane.

Ed è anche sforzata l'interpretazione dei *praedia suburbana* contrapposti ai *praedia rustica* nell'*oratio imp. Severi* (L. 1, pr. e § 2, Dig. 27, 9) come di case destinate ed annesse ai fondi per la loro coltura: la diligente esegesi abituale in ULPIANO ci farebbe pretendere da lui almeno una spiegazione comportabile coll'indeterminatezza di questo contrapposto. Ma la spiegazione non si trova. Ed è pure cosa poco piacevole trasportare i lettori sulla discussione stabularia di cui ci hanno gratificati NERAZIO e ULPIANO e che i loro commentatori ci sviluppano senza pietà. A nostro modo di vedere, specialmente nell'applicazione in materia di servitù, per la distinzione tra predii urbani e predii rustici non potè mai prender piede completamente il criterio desunto dall'ubicazione dei luoghi, senza il concorso e, diremo anzi, il sostegno del criterio della destinazione (*reditus* e *usus*): e la prova evidente, palmare di ciò possiamo riscontrarla nel sistema originario delle servitù tipiche e della sua espansione e sempre maggiore sviluppo nelle applicazioni pratiche con processi di assimilazione e di classificazione. Nè si può menare per buona l'affermazione assoluta che secondo NERAZIO in luogo rustico non potessero darsi se non servitù rustiche: l'antichità delle servitù tipiche, nella storia interna del diritto romano, non è precisabile con esattezza, ma certo doveva essere grande per tagliar la strada con durevole effetto alla classificazione dommatica. D'altro canto, non è possibile, quando si legge un'espressione come questa — *urbico usui destinata* — nel citato frammento dei libri sabiniani di PAOLO, affermare con fronte sicura che il criterio della destinazione non abbia mai influito nè in diritto antico nè in diritto più recente. Si vorrebbe accennare ad un criterio più antico desunto dal-

Digitized by Google

l'ubicazione dei predi (criterio locale) e ad un criterio più recente desunto dalla struttura (materia): ma è più sano e corretto, anche dal punto di vista esegetico, ammettere una antica predominanza, non mai smentita, del criterio empirico delle servitù tipiche, e un coevo temperamento, applicato via via dalla giurisprudenza, con molteplici aspetti pratici desunti per ogni figura di servitù dal criterio della destinazione, almeno finchè non si può trarre in campo il criterio nuovo, che ora andiamo a discutere, della consistenza del gravame reale nel suolo o nella superficie: criterio, che, se vogliamo, si distacca un poco dalla distinzione tra fondi urbani e fondi rustici.

187. GIAVOLENO avrebbe intrapreso questo portento di finezza giuridica nella costruzione dommatica e nella generalizzazione delle idee dommatiche sulla servitù: mentre i suoi contemporanei NERAZIO e POMPONIO avrebbero vanamente divagato e fatto divagare la giurisprudenza con criteri vacillanti. Intanto cominciamo col dire che, se ULPIANO mostrò nella l. 3, § 5, Dig. 43, 17, di avere una sufficiente percezione delle *servitutes quae in solo consistunt* a proposito dell'*interdictum uti possidetis*, questo nulla toglierebbe ai meriti di GIAVOLENO, anteriore ad ULPIANO di un secolo: oppure ai meriti di CASSIO da cui GIAVOLENO avrebbe estratto la sostanza del concetto. Si può, dice il giureconsulto, acquistare una servitù a favore di una certa specie di coltura, come ad esempio di una vigna; dappoichè questa servitù appartiene piuttosto al suolo che alla superficie e sussiste anche se si tolgono le viti. Che se, aggiunge, altra fu l'intenzione dei contraenti nella costituzione della servitù (p. e. quella che la servitù restasse finchè il campo fosse piantato a vigna), è d'uopo riportarsi all'azione di dolo malo per fare adempire il patto (dal momento che la servitù non si estingue *de iure*, non potendosi far dipendere una servitù prediale da una data condizione del fondo dominante). Quest'ultima giustificazione contenuta tra parentesi non è nel frammento di GIAVOLENO, come non è nel suo frammento la parentesi esemplificativa precedente: ma vengono entrambe in mente quasi per moto spontaneo a chi quel frammento legge e commenta. Senonchè coloro stessi che vogliono ricondurre a questo fram-

Digitized by Google

mento la distinzione tra le *servitutes quae in superficie* e le *servitutes quae in solo consistunt* debbono confessare che GIAVOLENO non mirò nel suo frammento medesimo a statuire un criterio distintivo tra le due categorie di servitù: ed è infatti naturale che questo frammento non basti a determinare e giustificare una distinzione della quale non parla se non in rapporto al cambiamento di destinazione o di cultura del predio dominante. Vuol dire dunque che vi sono delle servitù le quali sussistono anche cambiata la destinazione del fondo dominante, purchè non siano state costituite appositamente per favorire una data specie di coltura: questa resistenza ai cambiamenti senza dubbio è indice del fatto che la servitù ha un'estensione più profonda o profonda così, che non abbia o non ha la servitù stessa quando è connessa a quella determinata coltura per vigneto. Certamente, se si prendono una ad una tutte le varie specie di servitù, si trova che talune di esse limitano l'influenza loro alla crosta terrestre, al suo *humus* superficiale e ai suoi soprassuoli; altre possono esercitarsi anche se l'*humus* si cambia e si rinnova, se la superficie presenta accidenti diversi da quelli di prima, se i soprassuoli cambiano.

Però anche qui vi sono dei limiti. Supponiamo che il proprietario del fondo serviente abbia aperto delle gallerie sotterranee e dei pozzi di miniera per tutta la fronte che nel confine si presenta utile all'esercizio della *servitus itineris* del proprietario del vicino fondo dominante: in tal caso non vale nè il suolo nè il sottosuolo per l'esercizio di una tale servitù che si vede fortemente impedita, come si vedrebbe impedita nello stesso esercizio da un forte rimboschimento o da edificazione che il proprietario del fondo serviente avesse costruito sulla linea del passaggio nel suolo dell'antica vigna ora soppressa. Può darsi che l'esercizio della *servitus itineris* si renda possibile ancora allungandone di molto il percorso e girando attorno al largo edificio o allo spazio silvestre; ma, oltredichè non si tratta più ora della servitù originaria, in non pochi casi un nuovo passaggio così diverso dal primo può rivelarsi o del tutto inutile o per lo meno di minore utilità del passaggio originario col percorso abolito o trasformato. Ed ecco che torna sempre in giuoco la destinazione

Digitized by Google

culturale e la posizione di sfruttamento del fondo serviente: in talune modalità culturali senza dubbio questa o quella servitù che dicesi consistere nel suolo e non nella superficie non potrà più esercitarsi. Ed è anche qui perfettamente superfluo andar rovistando servitù per servitù per dimostrare che le urbane cadono proprio *in superficie* e le rustiche soltanto *in solo:* è una ricostruzione che si fa del tutto indipendentemente dalle fonti, le quali avrebbero avuto occasione di farla ad ogni passo, ma non la fecero appunto perchè non intesero giungere menomamente ad essa, siccome quella che era ben lungi dai disegni loro. E inoltre il concetto delle *servitutes quae in superficie consistunt* inciampò seriamente contro il divieto di costruzione, che suolsi ascrivere alla categoria delle servitù urbane; appunto perchè trattasi di aree fabbricabili e sistematicamente fabbricabili, in genere.

Senonchè lo scopo di non fabbricare potrebbe sembrare presentasse di per sè stesso un contenuto contrario ad ogni sistemazione edilizia; e inoltre il divieto di fabbricare è anche esteso al suolo, per la ragione potentissima tra le altre che le fondamenta si approfondiscono più o meno nel sottosuolo, e che, anche rivolgendosi la crosta del relativo terreno in vario senso, il divieto resta. L'imbarazzo comincia quando un tal divieto di fabbricare è dato a favore di aree vuote e di *agri:* come la *servitus itineris* a vantaggio o a carico di edifici urbani può anche essere rurale, sempre egualmente caratterizzata in tutti i casi, o rapporto ai fondi urbani o rapporto ai fondi rustici; perchè un dato tipo di servitù non può cambiare aspetto e denominazione, ma resta immutato in virtù appunto della caratterizzazione obbiettiva che rende fino a questo punto senza dubbio invariabili e fisse le forme di servitù prediali analogamente alla caratterizzazione empirica e storica delle servitù tipiche, o almeno con gli stessi effetti. Data la prevalenza al concetto di struttura (*materia*) sul concetto locale o territoriale, non è per questo assolutamente stabilito nè che (come vedemmo) la *servitus itineris* possa sempre ed incondizionatamente esercitarsi nel suolo, nè che la *servitus non aedificandi* non possa qualche volta e sempre in qualche modo esplicarsi anche nel sottosuolo. Sorge in ogni caso però di fronte ai sostenitori della distinzione

Digitized by Google

tra *servitutes quae in superficie* e *servitutes quae in solo consistunt* lo spettro della destinazione: ed è questa volta PAOLO che nella l. 3, Dig. 8, 1, viene in soccorso della pericolante distinzione tra servitù prediali che consistono nel suolo e servitù prediali che consistono nella superficie, senza però aggiungere che rustiche siano le une e urbane le altre. La Glossa, non avendo alcuna propensione ad occuparsi di una distinzione poggiata su queste basi, interpretò che le *servitutes in superficie* potessero essere costituite dal superficiario o dall'enfiteuta e le *servitutes in solo* per contrario esclusivamente dal proprietario: mentre, confrontando quanto dice PAOLO nella l. cit. con quanto dice nella l. 20 pr., Dig. 8, 2, si potrebbe al più far ricerca dell'applicabilità di quel criterio distintivo alla materia possessoria. Però, per amore del testo, espone senza raccomandarla l'interpretazione che i due concetti di superficie e di suolo potessero servire per distinguere le servitù urbane dalle rustiche. Ma gli interpreti non potevano, nell'intendimento di trarre questa conclusione per la distinzione specifica delle servitù da quel frammento di PAOLO, non potevano non fermarsi a determinare con uno speciale impegno il concetto della consistenza, per affermare (specialmente poi i moderni) l'ostracismo ad ogni criterio desunto dall'ubicazione dei luoghi; senonchè il concetto di consistenza o di inerenza materiale, giusta quanto si è già osservato a suo tempo, non ha propriamente maggior rapporto col fondo dominante che non ne possa avere altresì col fondo serviente.

Noi, in sostanza, contro questo criterio distintivo non abbiamo altro a dire, se non che esso non è sufficiente, nè teoricamente, nè esegeticamente (almeno secondo la combinazione dei testi fatta nel Digesto coi criteri tribonianei), ad una perfetta ricostruzione di tutte le servitù e sempre, se al criterio stesso non si unisce come moderatore e direttivo, quasi come la falsariga per condurre le scritture alla dirittura delle linee, il più accurato esame della destinazione dei due fondi posti tra loro in rapporto di servitù: destinazione od esistente o prevista al momento della costituzione della servitù stessa, o in parte esistente ed in parte prevista a quel momento. Il nostro criterio anzitutto non è e non può essere quello della situazione

Digitized by Google

dei luoghi, perchè non è, tra le altre ipotesi, nè strana nè difficile ad avverarsi quella che si abbiano due file di case quasi attigue, da una parte e dall'altra, separate da una via pubblica anche selciata e comodissima: le quali case si presentino tutte come accessorie del territorio che si estende al di dietro per le campagne coltivate. Noi ci fermiamo qui: perchè dal punto di vista economico si potrebbe anche osservare che in talune località vi sono delle piccole città che si dicono appunto rurali dal trarre che fanno il loro alimento soprattutto, non già dalle manifatture, ma dall'agricoltura: e che queste due specie di città, rurali e manifatturiere, hanno tra loro fisionomia distinta e così profondamente diversa, che a prima vista un viaggiatore esperto, benchè ignaro della loro storia, le riconosce e distingue. Sarebbe troppo un voler ritenere accessorie del territorio tutte le piccole città le quali vivono di vita agricola, benchè i coltivatori della terra passino la notte nella città stessa e vi depongano i prodotti dei loro campi, gli attrezzi del loro mestiere.

Queste case infatti, per quanto costituiscano dei piccoli aggregati, tuttavia appartengono ad una sistemazione edilizia, rappresentano unità inscindibile tra loro, e perciò unità staccata dalle zone rurali alle quali mandano attrezzi e lavoratori. Rimanendo dunque nell'ipotesi degli agglomerati o villaggi che sono direttamente addetti e a contatto coi campi ai quali servono, sorge sempre il dubbio che in essi prevalga la destinazione accessoria all'agricoltura oppure quella qualsiasi sistemazione edilizia, anche rudimentale, che tra di essi è. In tal caso converrebbe esaminare la prevalenza dell'uno sull'altro carattere, e non è difficile avvedersi che in tali piccoli agglomeramenti o ville spesso prevalga e la destinazione e il carattere rustico sull'urbano: nella quale ipotesi la situazione delle case e il loro trovarsi assai vicine e separate da una unica via di comunicazione (la quale ordinariamente è quella stessa che serve pel territorio e per la coltivazione) non implica cangiamento alla loro natura rustica e al loro carattere predominante, ch'è quello di servire all'agricoltura. Se le case addette alla coltivazione dei fondi, per essere riguardate come spettanze rustiche, si volessero addirittura inter-

Digitized by Google

nate nell'agro al quale sono addette, e se per questo stesso si volesse escludere qualsiasi traccia di sistemazione itineraria diretta da casa a casa e luoghi di ritrovo comuni ed esercizi aperti al pubblico per soddisfare ai primi bisogni della vita: in tal caso molte ville o villaggi, ricovero esclusivo di agricoltori e di derrate agricole, dovrebbero entrare nella classificazione urbana; e viceversa molte case di delizia, costruite in mezzo ai campi, solo per la posizione loro, acquisterebbero il carattere di fabbricati rurali. Infatti e le case di delizia e le casi di ricovero agli abitatori consistono entrambe *in superficie* e non *in solo:* e PAOLO stesso, qualora fosse stato chiamato a dare spiegazioni sulla sua l. 3, Dig. 8, 1 (*servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*), alla domanda se considerasse come urbana o rustica una servitù di passaggio a favore di una casa di delizia attraverso un parco immediatamente addetto ad altra casa di delizia, od anche attraverso il cortile di questa seconda casa, risponderebbe di considerarla urbana benchè costituita attraverso ai campi; e alla domanda stessa, applicata ai rapporti tra case addette alla coltivazione dei fondi e a servigio dell'agricoltura, dovrebbe rispondere trattarsi di servitù rustica. Sarebbe infatti quasi irrazionale considerare come urbana una servitù di passaggio tra abitazioni rustiche, le quali possono anche essere casipole di niun momento; solo perchè si consideri che tanto le servitù quanto i fondi ai quali si riferiscono *in superficie* e non *in solo consistunt.* Poichè, se il passaggio è dato da casa a casa all'agricoltore, questo passaggio in tanto gli è dato in quanto le sue occupazioni l'obbligano ad un determinato regime di vita, che richiede il passaggio attraverso a quella casa, anche per i suoi bisogni personali e pei suoi comodi domestici, ma in quanto tali bisogni e tali comodi debbono essere coordinati alle sue occupazioni agricole.

Insomma, fino a che la destinazione dei fondi e delle loro servitù coincide col carattere desunto dalla distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, nulla di meglio: si può benissimo adottare quel criterio. Ma, quando la destinazione dei fondi stessi non ha che fare colla consistenza, colla obbiettivazione delle servitù nei fondi urbani anzichè nei fondi

Digitized by Google

rustici, allora deve avere la prevalenza il criterio della destinazione: per la qual cosa col criterio che si vorrebbe introdurre, fondato sulla distinzione tra superficie e suolo, non si guadagna nulla, perchè non si evitano le ricerche sulla destinazione dei fondi e delle servitù tra di essi costituite. Poichè dunque la ricerca non si evita, tanto vale affrontarla coraggiosamente a tutta prima e senza cercare la scappatoia per altri criteri più semplici e più facili di applicazione, i quali peraltro non bastano da sè per condurre a termine la ricerca stessa, come si è visto. Nè è a credere che si tratti di una ricerca pedantesca o superflua, perchè vi sono benissimo dei casi nei quali il criterio della destinazione può sorpassare e vincere i criteri esterni, relativamente troppo esterni, desunti dalla consistenza superficiaria o substratuale: criteri all'applicazione dei quali del resto reca anche ostacolo la tecnica delle costruzioni, perchè non vi ha edificio di muratura che non abbia d'uopo di fondamenta sotterranee e che quindi non invada il sottosuolo e non consista in esso: nè vi ha servitù la quale, specialmente quando il suolo non è sistemato, non possa ad un momento costituirsi sopra una crosta di sottosuolo la quale passi a diventare suolo e crosta di suolo.

È del resto, da ogni punto di vista, erroneo il ritenere che le servitù possano consistere in una superficie senza affettare o intaccare il suolo; perchè quel terreno che prima costituiva il primo strato del suolo a contatto con la superficie stessa, può a sua volta diventare superficie quando lo strato superficiario precedentemente esistente sia rimasto distrutto o eliminato in un modo qualsiasi: senza contare che chi fabbrica può aver bisogno non solo di una parte del sottosuolo per le fondamenta, ma anche di una buona estensione sotterranea o nel sottosuolo per praticarvi grotte, cisterne e via dicendo. Che se come superficie si vuole intendere quella parte del terreno la quale per una od altra metamorfosi, oltrechè originariamente, si trova a contatto coll'aria atmosferica, non vi sarebbe allora nè scavo per edificio nè servitù che si potesse sottrarre all'affettazione, all'impiego di una superficie, o, meglio, di una parte del suolo che allo stato attuale delle cose si potesse ritenere come superficie.

Digitized by Google

Vi sono bensì delle servitù, le cui opere esterne esecutive non toccano la terra, nè la superficie nè il suolo: e vi sono anche delle servitù le quali non si esercitano altrimenti che per veicolo aereo e nelle quali non può evidentemente essere questione nè di suolo nè di sottosuolo. Orbene per queste ragioni non potrebbe dunque vedersi con maggiore chiarezza che si tratta di adottare un criterio più generale di quello che si riferisce alla superficie o al suolo: si tratta di evitare che in qualche caso si debba riconoscere l'inanità assoluta di ogni tentativo di discernimento. La servitù di appoggio, o, meglio ancora, quella d'immissione di trave non suppone nè suolo nè superficie: la trave attraversa lo spazio aereo e da edificio va a finire in edificio senza toccar terra.

188. Il nostro Codice non accenna affatto alla distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, la quale rimane così completamente ed esclusivamente teoretica: esso non tiene conto se non della differenza tra servitù continue e discontinue (art. 617), apparenti e non apparenti (art. 618); queste sole distinzioni avendo importanza pratica per l'applicazione delle norme regolatrici fondamentali, specie in riguardo alla costituzione delle servitù stesse ed anche al loro modo di esercizio e di estinzione. Ma il quesito della distinzione tra urbane e rustiche ha diritto di sopravvivere nella dottrina alla sua tramontata importanza pratica: e forse, come si discute a suo luogo, la distinzione dottrinale ha qualche coincidenza colla distinzione pratica tra servitù continue e discontinue. Non diremo assolutamente che l'abitudine dottrinale nostra di tener ferma una tale distinzione sia effetto delle servitù tipiche romane e della perpetuazione di quei tipi attraverso i tempi: troppi secoli ci separano da allora e troppo evidente è l'interruzione del concetto romano, almeno per le servitù rustiche, prodotto dalle idee e dalle consuetudini feudali nei tempi di mezzo. Il Codice Napoleone volle nell'art. 687 esprimere la distinzione tra servitù urbane e servitù rurali: servitù urbane sono quelle stabilite per l'uso degli edifici, o per l'uso dei fondi rustici, e le servitù della prima specie si chiamano urbane tanto se gli edifici ai quali sono dovute si trovano in città quanto se si trovano in cam-

Digitized by Google

pagna. Nell'articolo successivo distingueva poi le servitù stesse in continue e discontinue. Fu oggetto di aspre censure il Codice Napoleone, appunto per aver voluto mantenere la vecchia distinzione romana tra servitù urbane e servitù rustiche (la quale appresso i Romani era facilitata e resa utile dalla sistemazione e coordinazione delle servitù stesse a tipi fissi dotati di forza successiva di attrazione), quantunque la diminuita importanza pratica di essa risultasse dall'accoglimento nell'articolo successivo dell'altra distinzione tra servitù continue e servitù discontinue, corroborata da quella tra servitù apparenti e non apparenti che leggesi nell'art. 689.

Si giunse persino a dire che non s'intendevano neppure con precisione le espressioni — *bâtiments* — e — *fonds de terre* — e non si sapeva se distinguerli per destinazione o per materia, escluso l'indice della località; ma non si osservò con questo che lo stesso art. 687 del Codice Napoleone aveva parlato chiaramente d'*uso*, vale a dire senza dubbio di un fatto che accenna alla destinazione. Nè si vide che il richiamo intenzionale alla l. 198, Dig. 50, 16, era completamente arbitrario, perchè ivi ULPIANO parla di *materia* (con espressione che non è l'ideale della chiarezza): del resto l'esclusione del concetto di situazione locale essendo tanto ivi quanto nelle *Istit.*, II, 3, § 1, consacrata, doveva considerarsi come il prodotto non solo del punto di vista classico, ma anche di vedute che erano destinate a rinsaldarsi completamente e per diritto giustinianeo e per il diritto successivo. Questa fissazione della *materia* del frammento ulpianeo è un incubo, una specie di ossessione, alla quale non sanno resistere i sottili disputatori e commentatori delle romane leggi. Ma, di grazia, che cosa è *materia* applicata ai fondi? I fondi rustici non sono fatti che di terra vegetale, i fondi urbani di materiale laterizio che viene anch'esso dalla terra, ma o per sua natura o per i processi della sua manipolazione è privo di proprietà vegetative. Certamente le fabbriche di materiale laterizio sono composte della stessa materia e in città e in campagna: ma pure quale diversità tra l'un caso e l'altro, in ordine alla classificazione e del fondo e della servitù che vi è connessa! Il criterio della materia, se fosse preso alla lettera e col-

Digitized by Google

l'unica fedeltà possibile per tenersi in regola col significato materiale della parola, sarebbe fonte di equivoci e di confusione non meno che quello desunto dalla località dei fondi stessi. Anzi dovrebbesi anche notare che *materia* o *materies*, secondo LIVIO, è legname da fabbricare. Ma nella l. 55 pr., Dig. 32, ULPIANO, distinguendo *materia* da *lignum*, osserva che *materia* è tuttociò che si presenta come necessario per edificare e sostenere; *lignum* è invece tuttociò che serve alla combustione. Nella *materia* si comprendono i pali e le pertiche (L. 168, Dig. 50, 16), ma non i carboni (*ib.*, l. 167 pr.). Or dunque anche la distinzione tra *materia* e *lignum* è subordinata alla loro destinazione, al loro uso; dappoichè uno stesso *lignum* può essere adoperato tanto per bruciare quanto per fabbricare. Che dire dell'assoluta assenza nei frammenti sopracitati di ogni rapporto della *materia* colle costruzioni laterizie? In tal caso il nostro criterio distintivo non può più reggere, assolutamente: noi non possiamo neppure applicarlo all'edilizia se non per minima parte, ossia per la parte riservata nelle costruzioni al legname accanto al materiale laterizio; ed anche quando l'applichiamo alle costruzioni la nostra soluzione non dipende già dalla natura dell'oggetto di cui trattiamo, ma dal suo uso o destinazione. Riconosciuta adunque l'assoluta insufficienza del concetto di materia, non si poteva non fare adesione al concetto dell'uso: concetto al quale appunto si fa l'omaggio più completo, più incondizionato, punto larvato, assumendo senz'altro il criterio della destinazione e mettendo da parte quello di materia. Questo intese fare precisamente il Codice francese: non parlare nè punto nè poco di materia, ma parlare addirittura ed esclusivamente di destinazione come della finalità ultima del negozio giuridico voluto dalle parti che entrarono tra loro in rapporto di servitù, in conformità colla natura dei luoghi e delle cose. Senza dubbio l'opinione predominante di CUIACIO e di EINECIO avrà esercitato grande influenza a questo riguardo nella compilazione del Codice Napoleone: ma con ciò non si può concludere che in quel Codice, come nei §§ 475-477 del Codice austriaco si tratta della destinazione del fondo dominante, si alludesse meno all'uso dei fondi tra i quali il rapporto di servitù correva. A proposito del nostro Codice,

Digitized by Google

ci reca meraviglia apprendere dall'ARNÒ (1) che l'art. 598 abbia seguito il concetto ulpianeo di materia, quale si ravviserebbe nella l. 198, Dig. 50, 16 (*urbanum praedium non locus facit sed materia*); come se l'eccezione fatta per le case, i cortili, i giardini e le aie ad esse attinenti riguardo all'acquedotto passivo fosse un'eccezione dovuta ad altro concetto informatore che quello non sia di garantire il pacifico possesso e l'utile godimento delle abitazioni e delle pertinenze di esse, per evitare che la ragion delle acque, sopravvenendo, violi una preesistente ragione delle abitazioni. Si tratta insomma di un beninteso rispetto di convenienza ai diritti preesistenti e alla pienezza del loro esercizio, non già di considerazioni desunte dall'essere le case, i cortili, i giardini e le aie fondi urbani o fondi rustici per loro materia o per altra qualsiasi ragione: la questione se si tratti di fondi urbani o di fondi rustici è lasciata completamente in disparte siccome oziosa e impertinente. Tra le altre cose le aie non sono neppure sempre nè normalmente fatte di muratura, e sono, benchè attinenti alle case, destinate sempre ad usi rustici: attengano poi o non attengano alle case dell'agricoltore o alle case di delizia internate nei campi stessi, la loro fattura, la loro natura, la loro composizione è sempre la stessa. E poniamo pure che tra i criteri adottati in tema di locazione e quelli adottati in tema di servitù debba esservi un nesso intimo e sostanziale, quanto alla denominazione di fondi urbani e di fondi rustici che si trova nel Digesto delineata nell'impiego di un titolo diverso per ciascuna di queste categorie dei fondi stessi: ma il legislatore avendo adoperato la parola *case* in contrapposto alla locuzione *fondi rustici* ha voluto indicare senza dubbio le case non aventi destinazione rurale, perchè queste appartengono alla categoria dei fondi rustici. Di qui la destinazione e non la materia. Nell'art. 403, nn. 6 e 7, Cod. penale è ritenuto come aggravato il furto di animali nei luoghi del loro allevamento o lasciati per necessità nell'aperta campagna, e di legna nelle tagliate dei boschi, o di piante nei vivai, o di prodotti del suolo distaccati e lasciati per necessità nell'aperta campagna: e nell'art. 404, n. 12, si ritiene

(1) Monografia citata.

Digitized by Google

pur l'aggravante per il furto su bestiame in gregge o su bestiame grosso, ancorchè non raccolto in gregge, al pascolo o nell'aperta campagna, ovvero nelle stalle o in recinti che non costituiscano immediate appartenenze di casa abitata. Qui pertanto si volle vedere chiaramente il criterio neraziano del luogo, senz'altro: ma torna in acconcio osservare che il criterio o i criteri che presiedono a queste aggravanti non sono così nettamente e decisamente ispirati al concetto del luogo, che non concorra alla loro formazione anche qualche concetto di destinazione; poichè l'allevare gli animali in un luogo piuttostochè in un altro, il lasciarli nell'aperta campagna anzichè nelle stalle, il tagliare delle legna nei boschi, il formare dei vivai di piante, il distaccare dei prodotti dal suolo e lasciarli per necessità nell'aperta campagna, il condurre il bestiame ai pascoli o nell'aperta campagna o nelle stalle o in recinti non immediatamente pertinenti a casa abitata, sono circostanze che dal più al meno accennano tutte ad una destinazione prossima o remota.

Anche quando si tratta di necessità, questa è relativa. Gli animali si possono lasciare all'aperta campagna, i frutti raccolti e separati dalla terra possono anch'essi lasciarsi all'aperto; ma prima di ubbidire alla necessità di lasciare i buoi o gli animali in genere nell'aperta campagna senza una custodia conveniente conviene averli allontanati di parecchio dalle loro stalle e non aver tempestivamente provvisto al persosonale necessario per custodirli; e così, prima di lasciare all'aperto i frutti staccati dalla terra, conviene staccarli dalla terra stessa, ossia raccoglierli, e raccoglierli senza riservarsi la possibilità di trasportarli immediatamente in luogo sicuro. Anzi, a bene guardare, quella vera ed assoluta necessità, alla quale dapprincipio sembrerebbe volesse alludere il Codice penale, non vi è mai: la necessità è relativa, perchè chi provvede alla destinazione e allo sfruttamento o di quegli animali o di quei fondi oppure all'alimentazione dei primi, dispone le cose in modo da creare a sè stesso una tale necessità. Percorrendo la nostra legislazione si trova del resto un chiaro accenno al concetto della destinazione: lo stesso concetto dell'enfiteusi desunto dall'art. 1556 Cod. civile ci riporta ai predi rustici, appunto perchè in questi è insita la possibilità

Digitized by Google

del miglioramento mercè l'utilizzazione delle energie organiche dei vegetali, oppure anche ai fabbricati rustici il cui miglioramento risponda al miglioramento dei fondi rustici ai quali sono addetti.

In materia di locazione le case sono contrapposte ai fondi rustici; ma è opinione comune che, parlando di case, siasi voluto intendere qualsivoglia edificio non avente destinazione rurale perchè altrimenti l'edificio rimarrebbe assorbito e quasi incorporato nel fondo; e questo ragionamento si estende anche al privilegio locativo. L'art. 21 della legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889 distingue tra fondi urbani e fondi rustici avendo riguardo alla destinazione di essi. Anche le disposizioni sul credito agrario si radicano nella distinzione considerandola dal punto di vista della destinazione dei fondi: nelle leggi sull'espropriazione per pubblica utilità occorre sovente distinguere tra fondi urbani e fondi rustici in base allo stesso criterio. Oltre a ciò, anche se non vi fosse un tal richiamo immediato nelle nostre leggi alla distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, vi sarebbe sempre l'influenza esercitata dalla distinzione tra servitù continue e discontinue, che ben fu detto doversi, sebbene con cautela, utilizzare per ispiegar meglio la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche; dappoichè quasi tutte le servitù urbane dei Romani corrispondono alla categoria delle continue e quasi tutte le servitù rustiche appartengono alla categoria delle discontinue. È su questo terreno che appunto la giurisprudenza è chiamata soprattutto a rimettere in vigore la distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche, benchè non contemplata nel nostro Codice civile, come non è contemplata nè nel vigente Codice germanico, nè nel russo (1), nè nello spagnuolo, nè nel portoghese. Certamente, dappoichè il Codice vigente non richiede nè ammette una distinzione su queste basi, l'interprete o nella dottrina o nel foro non può risuscitarla: ma nulla si oppone a che egli la invochi in sussidio allorchè può proporsi di lumeggiare con essa altri punti di vista che ricorrono nella pratica applicazione delle leggi che ci governano.

(1) L'antitesi tra servitù urbane e servitù rustiche rimase soltanto nelle provincie baltiche, governate da norme speciali.

Digitized by Google

189. Nella dommatica e nella storia del diritto, non poca importanza ha tuttavia a questo riguardo l'esame e la valutazione delle servitù tipiche romane, per quanto queste servitù e questo carattere tipico possano avere influito sulla distinzione, presentata nel diritto giustinianeo in sì gran luce, tra servitù urbane e servitù rustiche. In altri termini, poichè gli studi romanistici, non disdegnando da loro canto quell'empirismo che ispirò in parte la giurisprudenza romana su questo terreno, si occuparono della classificazione delle servitù in elenchi di servitù urbane e di servitù rustiche, è naturale che tali elenchi richiamino la nostra attenzione e preoccupino il pensiero giuridico di tutti quelli che vogliono trarre dalle leggi romane utili ammaestramenti o schiarimenti per meglio determinare il campo dei nostri risultati dottrinali. Evidentemente poi, se tanto le servitù urbane quanto le servitù rustiche a un certo punto della giurisprudenza romana e sulla scorta della tradizione giuridica precedente poterono enumerarsi, elencarsi; questa possibilità dovette condurre quasi insensibilmente od inconsciamente alla constatazione dell'esistenza dei tipi fissi, per quanto dotati di forza di aggregazione ovvero di assimilazione.

Lo sviluppo dei commerci od anche semplicemente lo sviluppo dell'utilizzazione di sfruttamento dei fondi doveva condurre ad uno sviluppo sempre crescente dell'applicazione pratica del concetto di servitù: il tipo preesistente naturalmente, in mancanza di una ricostruzione razionale sistematica (perchè a simili specie di ricostruzione ostava l'indole prevalentemente storica dello sviluppo del diritto in Roma), doveva restare e aggregarsi le nuove forme simili. Così, nell'elenco delle servitù urbane figurano le *servitutes: oneris ferendi* e *tigni immittendi, proiiciendi et protegendi, altius tollendi et non tollendi, luminum et ne luminibus officiatur, stillicidii, prospectus et ne prospectui officiatur, cloacae, fumi immittendi, aquae immittendae, cuniculi balnearii habendi.* Queste servitù furono qualificate come urbane anche perchè man mano che si vedevano in opera si presentavano come modalità derivate dall'esercizio della vita cittadina, come forme giuridiche connesse cogli usi personali e giornalieri degli uomini e delle famiglie. Quindi è che anche la crea-

Digitized by Google

zione e la classificazione di questi tipi di servitù urbane non erano già istituite o introdotte a base di superficie o di criteri superficiari, ma a base del criterio massimo della destinazione. E qui si può prendere uno ad uno questi tipi per dimostrare quanto in essi predominasse il concetto della destinazione. Nella *servitus oneris ferendi* e *tigni immittendi* il punto compromesso, attaccato dalla servitù non è infatti nè la superficie sulla quale consistono gli edifici nè il suolo sul quale gli edifici stessi hanno le loro fondamenta: il peso e l'immissione gravano direttamente soltanto su quella parte del fondo serviente nella quale consistono, e sono a beneficio diretto e immediato di quella sola parte del fondo dominante che immediatamente ne approfitta. Sta bene che l'oneramento e l'immissione per via indiretta, al modo stesso che conferiscono all'utilità e all'utilizzazione di tutto quanto il fondo dominante, producano anche indirettamente il gravame su tutto quanto il fondo serviente il quale ne risente per trasmissione meccanica di forze e ne risente per le conseguenze positive e negative dei mezzi ordinati all'attuazione pratica della servitù; come a dire per l'onere *reficiendae parietis* e per il divieto di dare alla casa una destinazione e di farne una utilizzazione che impediscano l'esercizio della servitù stessa. In tuttociò, nè direttamente, nè indirettamente, ha da fare la superficie piuttostochè il suolo: e, benchè il criterio desunto dalla consistenza o aderenza alla superficie o al suolo possa influire sulla classificazione e denominazione dei fondi, non può tuttavia influire sulla classificazione e denominazione delle servitù che a quei fondi si riferiscono. Le servitù *proiiciendi* e *protegendi* poi non influirebbero nella superficie altrimenti che colla proiezione dell'ombra! Quelle *altius non tollendi* o *tollendi* aumenterebbero il peso sui fondamenti; ma i fondamenti hanno che fare più col suolo (sottosuolo) che non la superficie. Quelle di oscuramento permesso o vietato delle luci non hanno nulla che fare nè colla superficie nè col suolo, non trattandosi di servitù a portata meccanica, ma di servitù per veicolo aereo, semplicemente.

La servitù di stillicidio, se cade sulla superficie, intacca o finisce per intaccare anche il suolo: *gutta cavat lapidem*; quella di prospetto non ha altro veicolo che l'aria; quella di

Digitized by Google

immissione del fumo egualmente; quella d'immissione della cloaca per il cattivo odore interessa soltanto l'aria ed interessa veramente il suolo, se si tratta di dare lo scarico allo spurgo fetido. La servitù d'immettere acqua e di tenere il *cuniculum balnearium* è evidente che, se pure interessano o il suolo o la superficie o l'uno e l'altra, certo esplicano più sul primo che sulla seconda l'influenza loro. Orbene; attorno a queste servitù tipiche si possono ideare altre figure assimilate: per esempio la servitù d'immissione del rumore, trattandosi di fabbriche rumorose. In tale ipotesi il rumore, o per naturale disposizioni di luoghi o per costruzione di apposite opere d'immissione che ne facciano deviare la direzione spontanea e libera, può seguire la via della casa o dello spazio del vicino cagionando una molestia che altrimenti non si avrebbe. Qui si verifica un fatto speciale di destinazione che crea una nuova o per lo meno nel mondo romano insolita forma di servitù e l'assimila a un tipo preesistente di cui conosciamo e applichiamo con sicurezza le leggi. Or, come ciò avviene nel diritto nostro, non può escludersi avvenisse per diritto romano alla distanza e per il decorso di parecchi secoli nell'applicazione dell'istituto tipico: e se non forse nella *urbs*, dove industrie rumorose non usavano impiantarsi, certamente nelle *civitates* di provincia in cui l'utilizzazione della forza motrice fin d'allora si fosse presentata come conveniente. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi all'infinito per dimostrare che il concetto delle servitù tipiche non era poi sconveniente o contraddittorio col criterio della destinazione nelle servitù urbane: sia perchè il criterio della destinazione dovrebbe considerarsi come ispiratore del concetto del tipo, sia perchè il concetto stesso poteva giustificare l'assimilazione delle nuove figure al tipo cui giungevano ad assimilarsi.

190. Lo stesso, dal più al meno, accadeva per le servitù rustiche: e lo stesso può dirsi per una ricostruzione sistematica del concetto di destinazione coordinato e alla classica distinzione romana tra servitù urbane e servitù rustiche e ad un elenco delle forme tipiche di queste ultime servitù. La forza assimilatrice del tipo non appariva mai brutale nè inconscia, quasi spinta dalle sole tendenze di quell'empirismo

Digitized by Google

pratico che creò il tipo stesso. La creazione dei tipi giuridici è una necessità storica allorchè e finchè il diritto trovasi in formazione: in seguito resiste per il comodo dell'applicazione pratica, soprattutto. Le *servitutes itineris, actus, viae, pascendi, aquaeductus*, tipiche anche esse, si esercitano normalmente nelle campagne o principalmente nelle campagne: anche esse si ritennero tipiche e sorsero storicamente dalle condizioni di fatto e dalla loro giuridica figurazione. Attorno ad esse possono essere sorte quante mai figure secondarie di servitù assimilabili al tipo si possano immaginare. Ma queste servitù tipiche, anche se vogliousi ritenere *consistere in solo*, in uno strato più o meno profondo del suolo (ed anche nello strato attualmente superficiale del suolo, poichè la superficie non è se non lo strato del suolo, al quale appartiene, in contatto diretto e immediato coll'aria atmosferica), sono sempre l'effetto di tale una circostanziata distribuzione di utilità e di rapporti da fondo a fondo, che si pongono in condizioni di destinazione da ricavare un'utilità positiva per la costituzione d'una servitù fino allora non esistente. Tuttavia nelle servitù, diremo così territoriali, le quali hanno per teatro una considerevole superficie, le condizioni dei luoghi hanno effettivamente una grande, non assoluta influenza nella costituzione delle servitù. Certo se io desidero trovare la via di uscita più breve dal mio fondo sulla strada pubblica e la via d'accesso più breve dalla strada pubblica sul mio fondo, non ho da scegliere: la via non potrà essere che una sola, eccettuato il caso ben singolare che due o più siano contemporaneamente le vie più brevi e più vicine ad una retta ideale tra i due punti.

Ma non sempre si sceglie o si è obbligati a scegliere la via più breve. Quando un campo è seminato a grano intieramente, non è possibile transitarvi se il sentiero non è stato disposto dal bel principio: quando sul percorso della via più breve si trova un'escavazione profonda, una miniera in esercizio, un bosco fittissimo che non si vuol guastare, torna impossibile seguire la via più breve. Vi è tuttavia una limitazione in tema di passo necessario: l'art. 593 Cod. civile prescrive che il passaggio sia stabilito *in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve e riesca*

Digitized by Google

di minor danno al fondo su cui viene concesso; ma questa disposizione che concerne il passo necessario non esclude certamente che tra le parti intervengano convenzioni per costituire un passaggio anche in una parte del fondo serviente per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica non sia il più breve nè riesca del minor danno al fondo serviente. Passando dalle limitazioni legali al diritto di proprietà, ossia dalle servitù necessarie, alle limitazioni o servitù convenzionali, si trova subito qualche segno del concetto di destinazione volontaria applicata al negozio giuridico: ed è appunto questo fenomeno che noi teniamo a rilevare. La denominazione di queste forme di rapporti prediali non ha che fare colle modalità del loro contenuto; la *via* e l'*aquaeductus* saranno sempre *via* ed *aquaeductus*, anche se il loro percorso non sarà il più breve e il meno nocivo al fondo serviente. E resta la denominazione, perchè il tipo è immutato, persistente, vivissimo sempre: nè la denominazione intralcia o impedisce gli effetti della destinazione, come la destinazione nella incomparabile varietà delle sue forme non toglie punto alla denominazione dell'istituto. Certo la forza della destinazione non può esser tale mai da denaturare l'istituto giuridico di cui si tratta: se la servitù è di acquedotto, non possono le parti dargli il carattere di passaggio.

La medesima enunciazione del caso racchiude in sè tale assurdità, che le stesse parole male si prestano a dissimulare la contraddizione insita, apparente a tutta prima, gravissima. Ma all'infuori di questa limitazione, che del resto è armonica in tutto il diritto, le servitù convenzionali, anche se ridotte a tipi uniformi e sistematici, risentono direttamente per l'impronta della destinazione. La destinazione si rivela nella causa di costituzione e nelle modalità di funzionamento della servitù; si rivela nella sua origine e nel suo contenuto, si rivela nella sua stessa classificazione o nomenclatura, di cui dà perfettamente ragione. E non saremo allora obbligati a dire che la servitù rustica consiste nel suolo anzichè nella superficie; non dovremo lottare contro testi, nè contro interpretazioni di testi, nè contro opinioni dominanti o non dominanti, nè contro il timore di urtare nello scoglio di servitù tipiche. Difatti se il passaggio è dato tra fondi urbani, non si com-

Digitized by Google

prende perchè la servitù debbasi annoverare tra le rustiche, qualora la destinazione dei fondi stessi e del passaggio accordato sia allo scopo di accedere da una ad altra abitazione. Si comprende come spesso, nelle nostre abitudini edilizie, anzi le più volte, simili rapporti si risolvano piuttosto nella comunione che nella servitù; nel senso che lo spazio per il quale il transito ha luogo si consideri piuttosto come comune tra i proprietari dei due edifici, anzichè come gravato di servitù a carico dell'uno e a favore dell'altro di essi due proprietari. Ma tuttavia è possibile la soluzione data dalla costituzione d'una servitù, per destinazione, come dicesi, del padre di famiglia; ossia quando un fondo originario è poi diviso in due fondi perchè il proprietario siasi privato di una parte di esso per venderlo ad un terzo, magari col patto di riscatto. In tal caso la servitù è creata per destinazione del padre di famiglia, in senso tecnico stretto; e il padre di famiglia può trovare espediente di conservarsi la proprietà dello spazio su cui deve passare l'acquirente di parte della casa, per mille e mille ragioni di genere diverso: mentre, se si trattasse di una nuova costruzione, in certi casi il nuovo costruttore avrebbe diritto di chiedere la medianità del muro. Insomma, appena apparisce la possibilità d'una destinazione volontaria dei fondi rustici o delle case, il negozio diventa essenzialmente volontario ed esula ogni più languida idea di rapporti necessari; e, siccome la volontarietà è la base del negozio giuridico, nei rapporti specialmente coi beni immobili, dopo l'impiego del denaro per la costruzione o l'acquisto dell'immobile, il negozio stesso risulta immediatamente caratterizzato dal fenomeno della destinazione. La destinazione pertanto, lungi dall'impedire il delinearsi della servitù e la manifestazione di essa, facilita l'una cosa e l'altra e serve altresì ad aiutare e promuovere il fenomeno di specificazione dell'istituto giuridico, anche trattandosi di servitù urbane, di servitù tra edifici: senza che neppure la designazione di certi determinati tipi di servitù possa influire in senso contrario a tale costruzione giuridica.

Digitized by Google

APPENDICE

SERVITÙ IRREGOLARI E IMPROPRIE

Bibliografia.

DELALLEAU. — *Traité des servitudes établies pour la défense des places, etc.*
GILLON. — *Comment. à la loi 30 mars 1831.*
TOUSSELIN. — *Traité des servitudes d'utilité publique.*
VERROGGIO. — *Delle servitù militari;* Casale 1870.

191. Difficoltà per la costruzione della teoria delle servitù irregolari. — 192. Critica della l. 14, § 3, Dig. 34, 1. — 193. Legislazione positiva attuale. — 194. Delle servitù improprie e delle cosiddette servitù militari in ispecie.

191. Le servitù irregolari non dovrebbero esistere, non dovrebbero essere assunte ad una speciale trattazione giuridica, appunto perchè la dottrina ed i codici non dovrebbero riconoscere che istituti giuridici regolari; vale a dire istituti giuridici i quali obbediscano a regole fisse e determinate e rispondano ad un tipo normale ben definito. Pur tuttavia è giuocoforza occuparsi anche di questa classificazione delle servitù irregolari, se non altro per completare il trattato. Oltrechè irregolari, le servitù di questa specie si dissero anche straordinarie o anormali, appunto per ritrarre in modo più speciale e diretto l'indole loro eccezionale.

Una servitù di questa specie, dicesi (1), normalmente è reale, ma tuttavia può essere costituita come personale a favore di taluno che non possieda alcun fondo vicino; talchè da essa deriverebbe sulla cosa altrui un diritto reale garantito da azione confessoria, ma questo diritto non oltrepasse-

(1) GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. VII, tit. 1°, § 621.

Digitized by Google

rebbe la vita del titolare della servitù. Le *servitutes pecoris pascendi, pecoris ad aquam appellendi, aquae haustus* sono bensì servitù prediali, nei casi normali e regolari, appunto quando il loro esercizio è determinato soltanto dal rapporto reale di due fondi tra di loro, ma in via irregolare possono essere costituite come servitù unicamente personali, appunto perchè, pur rimanendone identico il contenuto e l'oggetto, la loro durata è subordinata alla vita di chi può usufruirne, mentre le servitù reali propriamente dette hanno una perpetua causa e però una durata senza limiti.

Le difficoltà peraltro per la costruzione d'una categoria di servitù irregolari non mancano. Anzitutto vi è la l. 14, § 3, Dig. 34, 1, nella quale ULPIANO, secondo la lezione mommseniana, direbbe — *nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam adpulsus est servitus, personae tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur* —; ma secondo l'edizione kriegeliana porterebbe la virgola dopo la parola *personae*. Il GLÜCK trova più comodo sostituire ad *ei, eius*, e preporre ad *inutiliter* la negativa *non* per farne sostanzialmente un *utiliter*. Prima di entrare nel grosso della questione, cominciamo a renderci ragione del contenuto del frammento e della sua posizione nel *Corpus iuris*. Sotto il titolo *de alimentis vel cibariis legatis* i compilatori hanno creduto di collocare questo frammento del lib. 2 dei fedecommessi di ULPIANO, che nel § 3 presenta l'ipotesi che taluno lasci in fedecommesso ai propri liberti gli alimenti e l'acqua. Il giureconsulto dice di essere stato consultato su questo fedecommesso, trattandosi di un affare che ebbe luogo in una regione d'Africa o d'Egitto in cui anche a quei tempi si vendeva l'acqua. Ed aggiunge di aver risposto trattarsi qui di un emolumento del fedecommesso, o che il testatore avesse delle cisterne o non ne avesse; e che nel fedecommesso si dovesse ritenere compreso il denaro occorrente per procacciarsi l'acqua. Nota non potersi sostenere che il fedecommesso fosse inutile, dicendo essere stata lasciata una servitù prediale a chi non era possessore del fondo vicino, perchè anche il diritto di attingere acqua e di abbeverare il bestiame può essere una servitù personale, e perciò non inutilmente si lascia a chi non è vicino. Alla stessa stregua dovrebbe giudicarsi delle ser-

Digitized by Google

vitù di portar pesi, ovvero, secondo altri, di farsi portare in lettiga (*gestandi*), di premer le uve nel fondo altrui, di trebbiare nell'altrui aia il grano o altri legumi. Questa acqua infatti fu lasciata alla persona. Questa traduzione è data secondo la lezione di quelli che prepongono un *non* all'*inutiliter*. Ma, se si dovesse stare alla lezione fiorentina o mommseniana, come si potrebbe rendere il senso del frammento? Il fedecommesso, comincia col dire ULPIANO, non è inutile — *nec videtur inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta.* — Fermandoci qui, il giureconsulto potrebbe anche aver voluto dire che non si tratta di servitù prediale, ma di un semplice *emolumentum fideicommissi.* Esaminando però la parte che segue, si trova il contrapposto tra la *servitus personae* e il *non inutiliter* o l'*inutiliter relinqui:* laonde, per decidersi tra queste due lezioni, sembrerebbe dovesse bastare l'esame del senso del frammento, ossia il vedere se il frammento corra meglio in un modo o nell'altro. Ma debbono farsi prima due osservazioni. Queste servitù si dicono in senso assoluto *servitutes personae,* e si dicono tali anche all' infuori, anzi soprattutto all'infuori del caso esaminato: mentre si sa che l'*haustus aquae* e il *pecoris ad aquam appulsus* sono date almeno come normalmente prediali nella l. 4 e nella l. 5, § 1, dallo stesso ULPIANO e da POMPONIO nella l. 20, § 3, Dig. 8, 3: e sono anzi, nella storia delle servitù romane, dei veri tipi di servitù rustiche. Come dunque senz'altro, sol perchè si tratta di un fedecommesso di acqua, si può pretendere che a un bel tratto ULPIANO cambi d'avviso, e per lui, come per NERAZIO e PLAUTO, alle cui opinioni aderisce, non si tratti più di uno *ius in alieno nisi fundum vicinum habeat,* ma quello possa essere anche uno *ius in alieno* senza la vicinanza del fondo? Evidentemente dunque il fr. 14, § 3, D. 34, 1, non è genuino.

192. Uno dei lavori più cospicui relativi alla critica di questo testo, possiamo ravvisarlo nelle poche pagine che scrisse lo SCIALOJA in una nota (1) a proposito di uno studio del

(1) *Rivista italiana delle scienze giuridiche,* 1888, pag. 38 e seg.

Digitized by Google

PEROZZI sull'interpretazione della legge stessa. Il PEROZZI è d'opinione che i liberti abbiano un diritto personale contro l'erede per ottenere gli alimenti, compresavi l'acqua; ma che forse essi abbiano preteso di avere un diritto di servitù sulle cisterne ereditarie, e che l'erede resista a questa pretesa sul riflesso che non potesse una servitù costituirsi a favore di persone non aventi fondi vicini. ULPIANO, detto che il fedecommesso dell'acqua contiene un'obbligazione il cui oggetto ha il valore pecuniario del prezzo dell'acqua e dopo avere così rettificata la pretesa dei liberti, escluderebbe altresì l'argomentazione dello erede che dal *nam et haustus* andrebbe a finire colle parole *exprimenda utendi.* ULPIANO colle ultime parole — *haec enim aqua personae relinquitur* — risponderebbe a tutta quanta l'obbiezione e l'argomentazione dell'erede. Che questo passo non sia se non lo svolgimento dell'obbiezione che il diritto all'acqua fosse una servitù si è detto fin dalla Glossa e si è continuato a dire dopo; come si è detto (osserva lo SCIALOJA) che nel caso della legge in esame il diritto all'acqua debba considerarsi come un vero diritto di obbligazione. Ma l'intelligenza della legge si facilita, quando quell'obbiezione si pone in bocca all'erede cattivo giurista, senza modificare punto il testo: come appunto fa il PEROZZI, contrastandovi però lo SCIALOJA in omaggio alla costruzione grammaticale del periodo, che rimarrebbe contraffatto per gli sbagliati riferimenti del *nam* e dell'*enim.* Per la qual cosa lo SCIALOJA stesso propone di ricorrere al sistema congetturale dell'AVERANI per ritenere interpolato tutto il passo di ULPIANO dal *nam et haustus* all'*exprimenda utendi:* ma che questo sia effetto di un'alterazione nel testo ulpianeo prima della compilazione giustinianea oppure di un'incorporazione abusiva al momento della compilazione stessa egli non sa decidere. Contro l'origine postgiustinianea del glossema, del resto, lo SCIALOJA osserva che sebbene il § 3 di questa legge non si legga nel testo dei Basilici, tuttavia si trova nel Tipucito ed è probabile che esistesse così nei Basilici come nel testo autentico delle Pandette. Un glossema potrebbe essere stato egualmente riprodotto dalla traduzione greca e dal testo fiorentino e potrebbe doversi ad un errore commesso in un codice, che fosse fonte comune e della tra-

Digitized by Google

duzione greca e del testo fiorentino. Dalla pretesa forma greca *areae utendi* (per *areae utendae*) lo SCIALOJA vorrebbe argomentare l'origine orientale dell'aggiunta e forse la traduzione dal greco: nè la concordanza del testo fiorentino coi greci potrebbe del tutto escludere la probabilità d'una interpolazione per lo meno antegiustinianea o di una svista al momento della redazione delle Pandette. « Se la coincidenza del testo fiorentino con una versione greca (egli conclude) ci assicurasse assolutamente della genuinità della lezione, non sarebbe lecita neppure la più piccola correzione, perchè tra una correzione grande ed una piccola non sempre la più piccola può essere più verisimile ». Il Tipucito del resto si opporrebbe a tutte queste mutazioni parziali, secondo la opinione di quelli stessi che della versione del Tipucito stesso vogliono costituire una prova contro la possibilità dell'intrusione di un glossema: tanto più che dalla lezione del frammento in esame e specialmente del passo del Tipucito dovrebbe ricavarsi che il concetto della servitù personale dato in questo testo è di una servitù che si esercita per mezzo di un atto della persona, ma non di una servitù che appartiene ad una determinata persona come tale e non già quale proprietaria di un fondo. Così l'*haustus aquae* e gli altri diritti enumerati nel testo possono chiamarsi *servitutes personarum;* tanto più che il Tipucito fa menzione anche della via, tanto che quella versione greca non concorderebbe neppure col testo latino.

È certo che, di fronte a spiegazioni così involute e sottili, l'animo nostro è invaso da un invincibile timore che la mente si travolga in una specie di alchimia sulle fonti, quasi per la ricerca d'una pietra filosofale, che non sarà mai tra le conquiste nè della nostra nè di altre scienze; tanto più se si riflette che in ogni specie di conoscenze umane la lettera uccide e lo spirito vivifica. Solo perchè la sintassi, la latinità, l'inutilità della enumerazione inducono a propendere per la cancellazione di una parte del testo in esame, non si dovrebbero esagerare le esigenze critiche d'una tecnica, fondata principalmente su di un largo metodo congetturale. Circa poi alle conseguenze che dalla legge in esame si possono desumere in ordine alle servitù irregolari, la legge in oggetto,

Digitized by Google

secondo lo SCIALOJA, presa sul testo fiorentino, importerebbe « non potersi costituire come personale una servitù col contenuto di un'ordinaria servitù prediale, se non a favore di una persona avente un fondo vicino al serviente » ; cosa che del resto non contrasterebbe coll'ammettere « tali servitù personali solamente nella forma di una servitù prediale limitata alla persona o nella forma di una limitata servitù di usufrutto o di uso ». Per noi la soluzione ulpianea va studiata alla scorta delle regole che governano l'interpretazione e gli effetti delle disposizioni testamentarie, in confronto dell'interpretazione e degli effetti dei contratti o atti tra vivi. In un contratto l'*aquae haustus*, il *pecoris ad aquam appulsus*, l'*aqua*, in genere, non è possibile senza il concetto di servitù prediale, anche perchè il diritto romano non si emancipa dalla forma tipica, storica, di questi istituti. Se pertanto non vi fosse tra i contraenti rapporto di vicinanza di fondi, la convenzione cadrebbe siccome senza causa; dappoichè non potrebbe avere una causa diversa dalla servitù prediale, e segnatamente non potrebbe concepirsi come una servitù personale. Ma il fedecommesso, considerato come disposizione di ultima volontà, vuole restar fermo ad ogni costo per quanto può valere : e perciò, se si tratta di un fedecommesso d'acqua (dove questa istituzione testamentaria è utile per esser l'acqua venale), può anche non costituire servitù ed essere lasciato ad una persona senza considerazione di fondi e solo per darle vantaggio o lucro dal prezzo dell'acqua, ossia dal valore pecuniario dell'acqua stessa.

Sebbene pertanto la disposizione fedecommissaria non abbia una causa formale e tecnica per vicinanza di fondi, ha tuttavia una causa generica nello arricchimento, nel beneficio dell'istituito : e questo basta perchè la disposizione stessa sia valida per quel che può essere, ossia mai per servitù o come rapporto specificamente determinato, sibbene come semplice atto di largizione in cui la causa si converte nel fine. Non è dunque il caso d'interpretare l'*haec aqua personae relinquitur* come una servitù personale, ma bensì come un semplice *emolumentum* lasciato a favore di una persona e che formi il contenuto d'un semplice rapporto obbligatorio. L'inciso che va dal *nam et haustus* all'*exprimenda utendi* è certamente

Digitized by Google

interpolato, e per le ragioni formali addotte dallo SCIALOJA e per l'inesatto e vano richiamo di un concetto bastardo della *servitus personae* accanto all'*inutiliter relinqui:* per la qual cosa il periodo tutto non potrebbe andare con quest' inciso senza una serie di sforzature, le quali tutte toglierebbero la grande e decisiva efficacia all'inciso — *haec enim aqua personae relinquitur* —, la quale, nella semplicità sua, potrebbe appunto cagionare un equivoco o dualismo coll'espressione — *est servitus personae; tamen,* ecc. —. E così si avverta che il frammento ulpianeo, tratto dai suoi libri dei fedecommessi, non ha nulla che fare colla teoria delle servitù irregolari, nè potrebbe avervi nulla che fare, perchè appartiene alla materia e alla tecnica dei testamenti. Il dire *haec enim aqua personae relinquitur* non importa punto l'ipotesi d'una servitù personale, nè d'una servitù irregolare: solo la fantasia dell'interpolatore ha voluto trovare un nesso tra questo frammento e la teoria delle servitù, e la fantasia nostra vi trova occasione di costruire una categoria di speciali servitù: diciamo la fantasia non solo di noi moderni, ma anche dei commentatori antichi. E neppure ci sembra di dovere approvare l'altra denominazione di *servitù personali innominate* che si vorrebbe mettere in luogo della denominazione *servitù personali irregolari* o *servitù irregolari* semplicemente.

193. La discussione sulle servitù irregolari e sulla loro portata assume una certa rilevanza nella nostra legislazione positiva, poichè si domanda anzitutto se le nostre leggi ammettano questa categoria di servitù. Sono note le discussioni svoltesi in seno alla nostra Commissione senatoria sull'opportunità o meno di riconoscere una categoria di servitù personali; e sono pur note le accuse che poco sapientemente in quella occasione si fecero al diritto romano circa il rigore da esso dimostrato nel non ammettere servitù prediali senza l'esistenza di un fondo dominante e di un fondo serviente: rigore, al quale mal pareva corrispondesse la concessa latitudine nell'interpretazione delle servitù prediali o per lo meno nell'ammissione di esse. Pareva quasi che i Romani avessero anteposto agli interessi morali i materiali; senza guardare che anche presso i Romani convenzioni di questa specie pote-

Digitized by Google

vano ammettersi all'infuori di ogni caratterizzazione come servitù, prova la stessa l. 14, Dig. 34, 1. Delle declamazioni della Commissione senatoria fece però giustizia la Commissione coordinatrice, dando la meritata importanza alle considerazioni d'ordine economico. Confessiamo tuttavia che il diritto comune era, per interpretazioni più o meno false dei testi romani e lontane dallo spirito di quelle leggi, non poco proclive ad ammettere potersi disporre in favore di una persona, indipendentemente dai beni posseduti, l'esercizio di qualche diritto per utilità o piacere della persona stessa sul fondo altrui; purchè però un tale diritto non si estendesse oltre la vita dei primi concessionari, nè si stabilisse a favore dei loro successori. La poca profondità di quei legislatori, corrispondente all'insufficiente coltura sulle fonti del diritto romano, fece sì che essi non si contentassero di riprodurre, traducendolo nell'art. 634, l'art. 686 del Cod. Napoleone da cui si accordava ai proprietari il permesso di stabilire sulle loro proprietà o a favore di esse qualunque servitù, purchè i servigi relativi non siano imposti nè sulla persona nè in favore della persona, ma solamente su di un fondo e per un fondo; ma addirittura volessero consacrare una categoria intiera di eccezioni cozzanti colla l. 1, § 1, Dig. 8, 4, e che rendeva questa legge per gran parte inefficace. Non si trattava certamente di un progresso nè giuridico nè economico: e ben se ne avvide appunto la Commissione coordinatrice: alle parti non può vietarsi una data forma economica di utilizzazione o di sfruttamento dei loro beni, ma alla giurisprudenza spetta di caratterizzare e spiegare la natura e l'indole del relativo istituto giuridico; nè resta divietato che, pur senza un'affettazione reale direttamente compenetrata nel rapporto giuridico, si consegua una vera e propria garanzia reale mercè ipoteca anche su fondo diverso da quello sul quale cade la prestazione, ottenendo così che, a parte il nome e la figura giuridica, il fondo dell'altra parte serva effettivamente, secondo il patto, ai bisogni personali di chi ha acquistato il diritto di cui si parla. Ora ciò significa appunto che coll'eliminare la possibilità di un diritto reale di servitù a favore di una persona si concede quel tanto di necessità e di rigore ai rapporti tra fondo e fondo, da far restare immutata l'indole degli

Digitized by Google

istituti giuridici e da lasciare contemporaneamente alle parti la più ampia libertà di stringere tra di loro le convenzioni tutte che ad esse si presentano possibili ed utili. È fatta eccezione a questo concetto informatore a riguardo dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione: poichè questi diritti hanno vero contenuto reale e contenuto di servitù, ma sono stabiliti a favore di certe determinate persone e non di certi determinati fondi, tanto appunto da presentar l'esempio di una determinazione giuridica fatta dalla parte di sua iniziativa, senza avvisare alla maggiore o minore regolarità di essa dal punto di vista giuridico. A questa determinazione giuridica il diritto stesso nulla ha da opporre, poichè, a quanto sembra, non vi si ravvisa una vera e forte lesione ai principî generali; ma appunto, forti della tradizione e della dommatica del diritto romano, noi diciamo in questo caso non esservi servitù prediali, bensì personali, e giustifichiamo l'asserto con ragioni d'ordine economico e patrimoniale. Ma non ci viene neppure in mente, sul serio, di volere insistere sulla classificazione bastarda delle servitù irregolari, che personali non sono e reali non possono essere, ma tengono delle une e delle altre, contro ogni principio giuridico e contro ogni regola di buona tecnica. Or questo è un prodotto ibrido delle dottrine dei tempi di mezzo, senza dubbio; dappoichè non v'ha che un testo solo, sul quale si appoggino i sostenitori della teoria delle servitù irregolari: e questo testo è appunto la l. 14, § 3, Dig. 34, 1, della quale abbiamo già, con critica a parer nostro esauriente, o, a meglio dire, sulla scorta della critica esauriente già fattane da altri, determinato il vero senso e la giusta portata. E quando di una teoria giuridica campata in aria dai pratici non resta più nulla sui testi, ci sembra di essere esuberantemente autorizzati a dire che quella teoria non ha vero fondamento dommatico ed esegetico. Per buona fortuna, più in grazia di ragioni economiche che non di vera e propria tecnica giuridica, noi non siamo posti nella dura necessità di disapprovare nel nostro Codice nulla che esca dai limiti del buon senso giuridico, a questo riguardo: nè noi staremo a ricercare le cause del divisamento dei nostri legislatori, bastandoci di aver constatato che in questa costruzione di servitù irregolari si è agito arbitrariamente e senza altro scopo da quello infuori

Digitized by Google

di facilitare i gravami reali; ed ecco perchè, prevalendo oggi la corrente contraria ai gravami reali, per buona fortuna oggi siamo pervenuti a liberarci del sistema abusivo delle servitù irregolari.

194. Delle servitù prediali improprie ci siamo già occupati nei §§ 14-16, per escludere dal concetto di servitù prediale tutte quelle forme bastarde che la pratica ha cercato in vario tempo di farvi rientrare; ed ora, per completare tutta la nostra parte generale, non è fuor di luogo che torniamo alla rettificazione di quel concetto stesso, procurando di non ripeterci. Infatti la base di tutta quanta la teoria e la pratica generale delle servitù prediali è la determinazione precisa del concetto di servitù prediale e della sua portata: perciocchè, posto bene questo concetto, tutte le regole generali ne discendono quasi automaticamente. Ora ci limitiamo all'esame delle servitù pubbliche in genere (servitù gravanti le zone laterali ai corsi d'acqua, alle strade ordinarie e alle ferrovie; principale la servitù della via alzaia), e delle servitù militari in ispecie, ed anche delle servitù dei terreni prossimi ai cimiteri. L'art. 144 della legge 20 marzo 1865, all. *F*, sui lavori pubblici, non mai abrogato, dispone che *i beni laterali ai fiumi navigabili sono soggetti alla servitù della via alzaia, detta anche d'attiraglio o di marciapiede;* che *la via alzaia*, dove i regolamenti e le consuetudini non dispongano altrimenti, dev'esser larga cinque metri, e deve, *insieme alla sponda fino al fiume, essere dai proprietari lasciata libera da ogni ingombro od ostacolo al passaggio di uomini o di bestie da tiro.* Le opere di adattamento, conservazione e dislocazione della via alzaia sono fatte a spese dello Stato: i proprietari non sono tenuti che per i guasti provenienti dal loro fatto, secondo ci avrebbero insegnato a sufficienza i principî generali di diritto senza che la legge sui lavori pubblici fosse venuta a ricordarcelo. Quanto alle vie ferrate, l'art. 134 della stessa legge estende alle medesime *tutte le servitù imposte alle proprietà coerenti alle strade ordinarie*, con talune modificazioni portate dagli articoli successivi e ordinate allo scopo di offrire alle vie ferrate quella maggior sicurezza della quale esse abbisognano in confronto colle vie

Digitized by Google

ordinarie. Le leggi 19 ottobre 1859 e 22 aprile 1886 e i regolamenti 25 novembre 1886 e 16 agosto 1891 per le servitù militari, a loro volta, vincolano le proprietà in vicinanza delle fortificazioni o dei polverifici o polveriere. Quanto ai cimiteri, l'art. 57 della legge 22 dicembre 1888 per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica dispone che, *dal momento della destinazione di un terreno a cimitero, è vietato di costruire intorno allo stesso abitazioni entro il raggio di m. 200*, e che *il contravventore deve a sue spese demolire l'edificato*. L'art. 116 poi del regolamento di polizia mortuaria 25 luglio 1892 rincalza e spiega questa disposizione dichiarando che nel raggio dei 200 metri *non solo non possono innalzarsi abitazioni nuove, templi, fabbriche o pubblici stabilimenti, ma le stesse costruzioni ad uso di abitazioni o di riunioni, siano permanenti che temporanee, ivi esistenti, non possono essere in alcun modo ingrandite* (1). La cosiddetta zona di rispetto dunque non tanto è richiesta per il rispetto alle abitazioni dei defunti, quanto per l'igiene delle abitazioni dei vivi; ma nondimeno sono state sempre ragioni d'ordine pubblico quelle che al legislatore ne hanno consigliato l'adozione. Queste servitù tutte, tanto quella della via alzaia, quanto quella inerente alla vicinanza delle vie ferrate, quanto le servitù militari e la servitù igienica della zona di rispetto pei cimiteri, si dicono invero servitù stabilite per utilità pubblica ai sensi dell'art. 594 e rientrano sotto la sezione del nostro Codice riservata alle servitù legali; ma noi sosteniamo che vere servitù non sono, a maggior ragione di quanto esponemmo per le servitù stabilite dalla legge in considerazione dell'utilità privata (art. 535). Le une

(1) Vi è poi anche una circolare Rosano 5 marzo 1893 ai prefetti, perchè, allo scopo di evitare proteste e questioni da parte degl'interessati, in ogni Comune siano determinati i limiti della zona di rispetto con segni apparenti, nel modo più adatto « per eliminare ogni possibile scusante d'ignoranza in caso di trasgressione ». Questa circolare si occupa anche delle contravvenzioni; ed anzi collo studio di rendere apparente e visibile la zona di rispetto dimostra di caratterizzare l'istituto come diverso dalla pura e semplice servitù, perchè per questa non ci sarebbe stato bisogno di altre precauzioni o di avvertimenti speciali, bastando la cinta del cimiterio per far regolare gli interessati.

Digitized by Google

e le altre, in quanto non sono espressamente determinate dal Codice, hanno questo di comune, che sono dovute a leggi e regolamenti di polizia: le pubbliche a leggi e regolamenti che hanno attinenza a servizi pubblici o a ragioni di Stato; le private a leggi e regolamenti di polizia urbana o campestre. Ora, qual fu la ragione che c'indusse ad escludere dal novero delle servitù prediali le cosiddette impropriamente servitù legali per utilità privata? Noi considerammo i vincoli derivanti alla proprietà privata dalla situazione dei luoghi, i vincoli della distanza e delle opere intermedie, quelli della luce e del prospetto, dello stillicidio, del passaggio e dell'acquedotto, in quanto stabiliti dalla legge, obbligatoriamente, all'infuori di ogni convenzione o destinazione umana, come il prodotto di un ordine superiore subordinato alle esigenze sociali riconosciute, regolate e dirette dai poteri pubblici. Noi vedemmo che la ragione economica delle servitù prediali si deve invece a ragioni d'interesse particolare, nel variare, per quanto è possibile secondo la natura del rispettivo rapporto, la sistemazione determinata dagli stessi poteri pubblici con leggi o regolamenti, o dallo stesso Codice civile che ci governa. Non di rado le disposizioni poste dal Codice e per la situazione dei luoghi, e per le distanze, e per le opere intermedie, e per la luce, e per il prospetto, e per lo stillicidio, e per il passaggio, e per l'acquedotto, in quanto appunto sono stabilite dal Codice per utilità privata, possono essere modificate dai privati stessi nei loro rapporti, perchè essi sono i migliori giudici della loro stessa utilità: eccezione fatta per quelle disposizioni (e in ispecie per le distanze), le quali, sebbene accennino all'interesse privato, tuttavia sono ripetute o trovano riscontro nei regolamenti di polizia. Quando accade quest'ultimo fenomeno, può dirsi che l'interesse pubblico coincida col privato, e, come prevalente, s'imponga a quest'ultimo anche nelle materie miste, nel senso che non possa il privato importarvi alcuna modificazione. Ma ciò malgrado, o che i privati posssano arrecarvi delle modificazioni o che non ve ne possano arrecare, l'indole di queste disposizioni di legge è tale, che esse hanno in ogni caso pieno vigore quante volte non vi deroghino le convenzioni private: e però soltanto da questo punto di vista accen-

Digitized by Google

nano ad un ordinamento generale dovuto, se ben si guarda addentro, a vere e proprie ragioni d'ordine pubblico.

In quest'ordine giuridico esula il concetto di un rapporto isolato da privato a privato e subentra un rapporto generale d'ordine superiore, nel quale l'interesse privato è semplicemente assorbito e rimane in luce del tutto secondaria, per chi non si limiti a guardare il rapporto stesso coll'occhio miope di un esame superficiale, ma si addentri nel significato e nello scopo animatore di quello, secondo il Codice civile e la legge o regolamento speciale che ne dispose la sistemazione. Ora quelle servitù, cosiddette, le quali sono costistuite *iure imperii* per ragione di pubblico servigio, quali le cosiddette servitù militari, hanno anche di particolare che ai privati non ne ridonda direttamente se non il danno: essi si trovano come isolati di fronte al pubblico servigio, che nell'ente Stato ha la sua incardinazione. In vicinanza delle opere di fortificazione e degli stabilimenti dove si manipolano o conservano polveri piriche o altre materie esplosive è vietato di fabbricare, piantare, aprire strade o fossi, scavare, fare rilievi di terreno, depositi, ed eseguire operazioni topografiche senza licenza: e il vincolo è distribuito per tre zone da determinarsi dal genio militare dai 500 metri fino alla linea di fuoco più sporgente, con gravezza crescente da zona a zona. Le concessioni di erigere edifizi o di piantare alberi, ai sensi dell'art. 12 della legge e 27 del regolamento, s'intendono fatte semplicemente a titolo precario, vale a dire revocabili *ad nutum* dell'autorità militare che fece la concessione stessa, volta per volta. Queste cosiddette servitù si dicono introdotte dopo l'invenzione delle parallele nell'assedio di Maestricht del 1673 ed oggimai sono entrate nel dominio del diritto pubblico. Quantunque ci ripugni di estendere al diritto pubblico una terminologia ch'è sôrta e, a scanso di equivoci, dovrebbe restare nel diritto privato; tuttavia noi vogliamo anche ammettere per un momento che questi, come gli altri vincoli alla proprietà privata, possano chiamarsi, come la nostra legislazione positiva li chiama, servitù, o servitù pubbliche, o servitù di diritto pubblico. Una sola cosa noi intendiamo sostenere a spada tratta: ed è che nella nostra ipotesi non si tratta punto di servitù pre-

Digitized by Google

diali, ma piuttosto di servitù personali un po' deformate, un po' anomale. E valga il vero. In queste servitù non vi è rapporto da predio a predio (e predio è o un edificio ad uso di dimora umana, o di deposito, o di fabbrica, insomma dove siano al coperto uomini e cose; oppure è un terreno produttivo o no di frutti vegetali), ma bensì rapporto da predio a corso d'acqua, a strada ordinaria, a strada ferrata, a cimiteri, ad opere di fortificazione, stabilimenti di manipolazione o conservazione di materie esplosive per conto dello Stato. Del resto, le servitù cosiddette militari per vicinanze a stabilimenti di manipolazione o conservazione di materie esplosive sono diverse dalle servitù che possono stabilirsi a favore di stabilimenti privati di manipolazione o conservazione di materie esplosive a scopo non militare: mentre, se si trattasse di servitù prediale vera e propria, il trattamento dovrebbe essere identico così per gli stabilimenti di fabbricazione e di conservazione per conto dello Stato, come per gli stabilimenti di fabbricazione e di conservazione per conto dei privati. Ma, anche trattandosi di stabilimenti di questa specie appartenenti a privati, prevarrebbe il concetto dell'isolamento a scopo di sicurezza, e quindi il regolamento delle limitazioni legali alla proprietà sarebbe sempre di maggiore importanza e di maggior contenuto del regolamento delle limitazioni volontarie: anzi le limitazioni volontarie non potrebbero derogare alle limitazioni legali. Indice sicuro e inoppugnabile della presenza di una servitù prediale è quindi o la costituzione per solo effetto di volontà e destinazione umana, oppure la possibilità di modificare le regole legali per determinazione della volontà dell'uomo, per lo meno in parte: ma quando queste circostanze non si avverano, è inutile andare in cerca di servitù prediali. Ragioni di ordine superiore alla volontà umana determinano quella data manifestazione, quel dato comportamento del rapporto giuridico; la sistemazione è completa anche indipendentemente dalla volontà dell'uomo, e anzi sempre al disopra di questa volontà. E poco importa che per uno o per taluno di questi rapporti giuridici il vincolo consista *in patiendo* oltrechè in *non faciendo*: quello che non deve perdersi di vista si è che si tratta di una sistemazione indipendente dalla

Digitized by Google

volontà dell'uomo e che la volontà dell'uomo non può in guisa alcuna modificare, se non forse rendendo (per corrispettivo o senza) più gravoso l'onere della legge o del regolamento. I rapporti di vera e genuina servitù prediale, come la proprietà dalla quale come particella traggono la loro impronta, appartengono sostanzialmente al diritto privato e nell'ambiente privato si svolgono: nè lo Stato nè gli enti locali dotati di funzioni pubbliche o di Stato possono avere vera proprietà per l'attuazione di tali funzioni, e neppure servitù vera; perchè nella loro azione prevale l'atto d'impero e l'atto d'impero imbastardirebbe necessariamente il carattere della proprietà e il carattere della servitù. Ormai è tempo di mettersi sulla retta via per evitare delle transazioni pericolose e cavillose: lo Stato e gli enti di Stato non possono avere una proprietà od una servitù se non quando *iure utuntur privatorum*, ossia quando rientrano nel campo del diritto privato: il che accade di rado, e, ad ogni modo, non abitualmente. Quando esercitano le loro funzioni normali, ossia funzioni di Stato, questi enti e lo Stato stesso non possono agire che per atti d'imperio, in base all'interesse pubblico, che autorizza anche la limitazione e il regolamento delle proprietà private, ma che non vale in alcun modo a trasformare la caratteristica dei rapporti di diritto pubblico, nei quali i privati sono trascinati pur nell'esercizio del loro diritto di proprietà privata. Purtroppo la triste specialità dell'epoca che attraversiamo consiste non solo nell'accordare allo Stato attribuzioni sempre crescenti, anche nel campo dell'attività privata, ma inoltre nel pretendere che il diritto privato sancisca e caratterizzi e accolga nel suo seno queste più o meno, ma non sempre necessarie, intromissioni. Il che è proprio di tutte le tirannidi, le quali non solo vogliono violare il campo della privata spettanza, ma chiedono anche ed invocano dal diritto privato la loro giustificazione.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL PRIMO VOLUME

PARTE GENERALE

Bibliografia sulle servitù in generale . . . . . *Pag.* 1

LIBRO PRIMO

Essenza . . . . . *Pag.* 5
TITOLO PRIMO. — **Struttura** . . . . . » 8
Capo I. — Definizione . . . . . » 11
1. Diritti delle comunicazioni e delle acque nella distribuzione del terreno pubblico in Roma (nota sul diritto orientale e greco) . . . . . » *ivi*
2. Tipi delle servitù degli edifici . . . . . » 28
3. La nozione qualitativa di Celso nel diritto romano e sue vicende . . . . . » 33
4. Astrazione del concetto di servitù come diritto reale » 40
5. Ritorno al preteso concetto ulpianeo quantitativo . » 43
6. Distribuzione dell'uso fra proprietà e servitù . . » 44
7. Prevalenza del diritto della proprietà su quello della servitù » 48
8. Identificazione del diritto colla servitù ad esso relativa » 51
9. Nozione desunta dalla natura del diritto di proprietà » 54
10. Consuetudini e leggi scritte; gli uffizi prediali nella dottrina . . . . . » 57
11. Proposta di definizione per la costruzione dommatica » 63
12. Distinzione della servitù dal possesso . . . » 67
13. E della servitù dalla comunione in genere, e dalla comunione del muro in ispecie . . . . . » 70
14. E della servitù dagli usi civici . . . . . » 75
15. Imbastardimento del concetto di servitù nell'epoca di mezzo . . . . . » 79
16. Giurisprudenza italiana . . . . . » 83
Capo II. — Fattori di spazio, di tempo, di causa . . . » 114
17. Giacitura dei luoghi in pianura o in declivio . . » *ivi*
18. Fondi contigui e fondi interposti . . . . . » 118
19. Qualità dei terreni e permeabilità del suolo alle acque » 121
20. Gli spazi aerei e il veicolo che li unisce; fenomeni di luce, di emanazione, di dilatazione; fenomeni di elettricità a distanza . . . . . » 126

Digitized by Google

21. La quantità della servitù in rapporto alla durata di essa *Pag.* 133
22. Le stagioni in rapporto all'esercizio della servitù . " 138
23. Il giorno e la notte nell'uso delle servitù . . " 141
24. Unità di tempo, di luogo, di quantità e loro combinazione " 146
25. Sulla causa perpetua nelle servitù prediali . . " 151
Capo III. — Il patire e il fare . . . . . " 198
26. Servitù *oneris ferendi* e suoi caratteri . . . " *ivi*
27. I lavori sul fondo serviente per la *refectio aedificii* o *parietis* . . . . . " 208
28. La *refectio* oltrepassa la semplice manutenzione; *lex aedium* . . . . . " 208
29. *Servitus tigni immittendi*: differenze colla *oneris ferendi* " 223
30. Ancora sull'onere *in faciendo* e sul diritto di abbandono del proprietario del fondo serviente per sottrarvisi " 226
31. Le servitù onerarie nei tempi di mezzo e nei moderni, specialmente in rapporto alla derelizione . . " 234
32. Giurisprudenza . . . . . " 243
Capo IV. — Spostamento del luogo serviente . . . " 249
33. Il fondo e le sue parti . . . . . " *ivi*
34. Il *limes* come *ius itineris* e la *commutatio loci* . " 253
35. L'art. 645 Cod. civ. e la legge del minimo mezzo . " 258
36. Giurisprudenza . . . . . " 264
Capo V. — I soggetti nell'esercizio attivo e passivo della servitù " 266
37. Influenza, sul contenuto della servitù, degli atti superflui del proprietario del fondo serviente . . . " *ivi*
38. Inerzia di esso nel cooperare all'esercizio della servitù " 269
39. Intromissione del proprietario del fondo dominante sul fondo serviente per l'esercizio delle servitù . . " 274
40. Suo contegno e sue minori facoltà in confronto col proprietario del fondo dominante . . . . . " 278
TITOLO SECONDO. — **Regole generali.** Bibliografia . . . " 284
Capo I. — Legge del minimo mezzo . . . . . " 291
41. Applicazione alla servitù di passaggio . . . " *ivi*
42. Nelle opere di uso e di conservazione della servitù in generale . . . . . " 293
43. Al divieto generico delle innovazioni . . . " 294
44. Applicazione nel caso di divisione del fondo dominante " 295
45. Ancora delle innovazioni: distinzione pratica . . " 297
46. Applicazione nei casi dubbi . . . . . " 299
47. Criteri teorici e pratici sullo spostamento del luogo serviente . . . . . " 301
Capo II. — Indivisibilità . . . . . " 305
48. Concetto dell'indivisibilità: condominio . . . " *ivi*
49. Frammenti di Pomponio e di Modestino . . . " 309
50. Dimostrazione grafica . . . . . " 313
51. Applicazioni al condominio . . . . . " 318

Digitized by Google

Capo III. — Utilità . . . . . *Pag.* 323
52. Importanza del concetto di utilità anche in rapporto alla dottrina della vicinanza . . . . . » *ivi*
53. La destinazione dell'uomo nello sfruttamento del fondo e limiti . . . . . » 329
54. Interposizione di fondo . . . . . » 337
55. Occasioni nelle quali praticamente sorge il concetto dell'utilità . . . . . » 344
56. Indirizzo attuale e legislazione moderna . . . . » 351
57. Testi romani in appoggio del principio di utilità . » 353
58. L'utilità e l'inalienabilità della servitù; l'utilità e le *servitutes in faciendo* . . . . . » 360
Capo IV. — Pignorabilità o meno . . . . . » 365
59. Esegesi delle fonti romane. . . . . » *ivi*
60. Destinazione della servitù . . . . . » 372
61. Ipotecabilità delle servitù prediali secondo il nostro Codice » 373
62. Inalienabilità di servitù prediale senza l'alienazione del predio: uso ed abuso dell'argomento tratto dal concetto di utilità . . . . . » 377
63. Obbiezioni desunte dai concetti d'inerenza e di utilità » 380
Capo V. — Obbligazioni sopra servitù prediali . . . . » 386
64. Posizione del quesito: la *servitus servitutis* e i testi romani » *ivi*
65. Interpretazione e critica di essi testi . . . . » 400
66. Esame delle alterazioni del frammento di Africano: ricostruzione . . . . . » 410
67. Diritto moderno . . . . . » 418

LIBRO SECONDO

Acquisto . . . . . *Pag.* 432
TITOLO PRIMO. — **Titolo di costituzione.** Bibliografia . . . . » 442
Capo I. — Natura e valore . . . . . » 451
68. *Titulus adquirendi* e *modus acquisitionis:* funzioni del tempo in ordine al titolo nell'art. 2137 Cod. civile » *ivi*
69. Il tempo della prescrizione indipendente dal titolo e dalla buona fede . . . . . » 455
70. Il *bonum initium*, la buona fede e il giusto titolo nella l. 10 pr., Dig. 8, 5; se la tolleranza possa sostituirsi al titolo . . . . . » 462
71. Esame particolareggiato dell'art. 2137 Cod. civile . . » 466
Capo II. — Specie diverse . . . . . » 471
72. Requisiti del titolo ed in ispecie sua sufficienza oggettiva » *ivi*
73. Esclusione della lesione nella costituzione di servitù » 475
74. Costituzione per contratto: se possa farsi a titolo di precario. . . . . » 480
75. Costituzione di servitù per riserva . . . . . » 490
76. Costituzione della servitù per aggiudicazione . . » 492

Digitized by Google

Capo III. — Da chi ed a chi possa fornirsi . . . *Pag.* 496
77. Costituzione fatta dal proprietario e quando interessi intere zone territoriali . . . . . " *ivi*
78. Particolarità: *quid* nel caso di costituzione fatta da un comproprietario . . . . . " 500
79. Se la servitù possa costituirsi dall'utilista . . " 511
80. Se dal *dominus proprietatis* senza intervento dell'usufruttuario . . . . . " 514
81. Se dall'usufruttuario; art. 492 Cod. civile . . . " 518
82. Chi possa acquistare una servitù prediale per titolo " 520
TITOLO SECONDO. — **Usucapione**. Bibliografia . . . . . " 523
Capo I. — Quasi-possesso delle servitù . . . . . " 534
83. La incorporalità delle servitù e la necessità di un'assimilazione strutturale . . . . . " *ivi*
84. La *iuris quasi-possessio* oltre il campo interdittale . " 539
85. Oggetto di usucapione non è la cosa serviente, ma il diritto di servitù . . . . . " 546
86. Oggetto e ragioni della legge Scribonia . . . " 549
87. Della *usucapio libertatis* in particolare . . . " 556
88. Possesso *iure proprietatis* e possesso *ad usucapionem libertatis* . . . . . " 563
89. Inconcepibilità di atti clandestini nell'*usucapio libertatis* " 566
Capo II. — Buona fede . . . . . " 571
90. Concetto giuridico della buona fede: diritto romano " *ivi*
91. Testi del diritto romano classico . . . . . " 578
92. La presunzione della buona fede nel possesso *ad usucapionem servitutis* . . . . . " 587
93. Buona fede iniziale o continuativa ed *animus*. . " 591
Capo III. — Applicabilità o meno alle varie specie di servitù " 596
94. Diritto romano e servitù di acquedotto in ispecie . " *ivi*
95. Applicabilità alle servitù continue e alle discontinue " 603
96. Eliminazione della contraddizione apparente tra l'art. 630 e il 2137 Codice civile . . . . . " 608
TITOLO TERZO. — **Destinazione del padre di famiglia**. Bibliografia . " 613
a) Se la destinazione del padre di famiglia fosse ammessa in diritto romano . . . . . " *ivi*
b) Concetto dell'inerenza reale . . . . . " 621
c) Ancora dei testi romani . . . . . " 622
d) Critica degli esclusionisti del concetto di destinazione " 631
e) Consuetudini francesi . . . . . " 634
Capo I. — Stato visibile e permanente . . . . . " 641
97. Concetto generale . . . . . " *ivi*
98. Legislazione comparata . . . . . " 643
99. Servitù legali . . . . . " 649
100. Visibilità patente . . . . . " 651
101. Eccezione per le servitù negative . . . . . " 655
102. Influenza e regolazione dei rapporti vicinali . . " 660

Digitized by Google

Capo II. — Divisione di predio originario . . . . *Pag.* 664
103. Cambiamento nello stato di fatto . . . . . » *ivi*
104. Divisione per disposizione *mortis causa* . . . » 670
105. Requisiti ed esame della destinazione per divisione » 674
Capo III. — Mancanza di manifestazione contraria . . » 679
106. Regolarità dell' interpretazione desunta dalla destinazione . . . . . » 679
107. La dichiarazione di volontà contraria combatte la presunzione della legge o dell'uomo . . . . . » 683
108. Disamina di casi speciali . . . . . » 687

LIBRO TERZO

Perdita Bibliografia . . . . . *Pag.* 693
TITOLO PRIMO. — **Cause generali e loro speciale comportamento.** Bibliografia . . . . . » 702
Capo I. — Consolidazione . . . . . » 706
109. Costruzione dell'istituto . . . . . » *ivi*
110. Unione della servitù con la comproprietà . . » 711
111. Reintegrazione di servitù consolidata, per diritto romano » 715
112. L'istituto nel Codice civile italiano. . . . . » 722
113. Se si possa applicare il concetto di risurrezione anche alla consolidazione . . . . . » 726
Capo II. — Prescrizione. Bibliografia . . . . . » 732
114. Concetto generale . . . . . » *ivi*
115. Diritto romano in proposito . . . . . » 740
116. Requisiti di diritto romano per la prescrizione estintiva delle servitù e per la corrispondente *usucapio libertatis* » 745
117. Sostituzione di una funzione della contraddizione del proprietario del fondo serviente all'*usucapio libertatis* » 753
118. Prescrizione del modo della servitù. . . . . » 757
119. Applicazione della regola romana: *tantum praescriptum quantum possessum* . . . . . » 763
Capo III. — Perimento della cosa . . . . . » 767
120. Differenze tra il perimento della cosa serviente nell'usufrutto e nelle servitù prediali . . . . . » *ivi*
121. Il perimento procurato dalla volontà dell'uomo non differisce dal perimento casuale; perimento parziale » 771
TITOLO SECONDO. — **Cause speciali** . . . . . » 777
Capo I. — Trasformazione dei predi. Bibliografia . . » 781
122. Punti di contatto coll'ipotesi del perimento della cosa serviente . . . . . » *ivi*
123. Mutazione dei fondi posti in rapporto di servitù prediale: differenze coll'usufrutto e principio di diritto romano » 784
124. Analisi dell'art. 662 Cod. civile . . . . . » 793
125. Analisi dell'art. 663 . . . . . » 798

Digitized by Google

Capo II. — Dichiarazione di volontà . . . . . *Pag.* 803
126. Carattere giuridico della rinunzia . . . . . „ *ivi*
127. Regole della rinunzia . . . . . „ 806
128. Rinunzia espressa . . . . . „ 811
129. Rinunzia tacita . . . . . „ 816
130. Effetti e interpretazione della rinunzia . . . . „ 820

LIBRO QUARTO

Tutela giuridica . . . . . *Pag.* 826
TITOLO PRIMO. — **Azioni petitorie.** Bibliografia . . . . . „ 829
Capo I. — Confessoria . . . . . „ 833
131. Fisionomia dell'azione . . . . . „ *ivi*
132. Confronto tra la confessoria nelle servitù e la confessoria nei diritti reali in generale . . . . . „ 843
133. Ancora della fisionomia dell'azione . . . . . „ 846
134 L'azione confessoria come publiciana . . . . „ 851
Capo II. — Negatoria . . . . . „ 855
135. Fisionomia dell'azione . . . . . „ *ivi*
136. Onere della prova . . . . . „ 861
137. Cauzione del convenuto che abbia riportato condanna „ 863
TITOLO SECONDO. — **Azioni possessorie.** Bibliografia . . . . „ 868
Capo I. — Interdetti di diritto romano . . . . . „ 877
138. Sulla estensione della tutela interdittale alle servitù prediali . . . . . „ *ivi*
139. Interdetti speciali per le servitù prediali . . „ 881
140. Applicabilità dell'*uti possidetis* . . . . . „ 886
141. Inapplicabilità dell'*unde vi* . . . . . „ 890
142. E degli altri interdetti relativi alle *res soli* . . „ 895
Capo II. — Manutenzione. Bibliografia . . . . . „ 898
143. Indole dell'azione . . . . . „ *ivi*
144. Durata e legittimità del quasi-possesso . . . . „ 902
145. Oggetto del quasi-possesso . . . . . „ 908
146. Sulla manutenibilità delle servitù imprescrittibili e non sorrette da titolo . . . . . „ 914
Capo III. Reintegrazione . . . . . „ 921
147. Natura e caratteri . . . . . „ *ivi*
148. Storia e confronti coll'interdetto *unde vi* e coll'azione di manutenzione . . . . . „ 925
149. Nozione dello spoglio . . . . . „ 931
150. Applicabilità della reintegranda contro i terzi possessori: procedura . . . . . „ 937
151. Esagerazioni della tutela possessoria . . . . „ 942
TITOLO TERZO. — **Azioni generali e loro speciali applicazioni** . „ 949
Capo I. — Denunzia di nuova opera . . . . . „ *ivi*
152. Ragioni per l'esclusione della denunzia di nuova opera e delle azioni accessorie . . . . . „ *ivi*
153. Esami dei testi romani . . . . . „ 954

Digitized by Google

Capo II. — Azioni personali . . . . . *Pag.* 959
154. Differenza tra il danno temuto e il danno sofferto » *ivi*
155. Quali azioni del diritto romano siano applicabili e quali no, in genere e in ispecie . . . . . » 963
156. Se vi siano azioni speciali di danneggiamento in diritto nostro . . . . . » 968
157. Azione *ex contractu* . . . . . » 971

LIBRO QUINTO

Classificazione. Bibliografia . . . . . *Pag.* 974
TITOLO PRIMO. — **Servitù stabilite per fatto dell'uomo.** Bibliografia » 978
Capo I. — Continue e discontinue . . . . . » 982
158. Indole della distinzione . . . . . » *ivi*
159. Se esistesse in diritto romano . . . . . » 988
160. La distinzione nella dottrina e nella legislazione moderna » 994
161. Presunzione di tolleranza e di precario . . . . » 1004
162. Confutazione dell'opinione del Bianchi . . . . » 1012
Capo II. Apparenti e non apparenti . . . . . » 1015
163. Quando le servitù siano apparenti . . . . . » *ivi*
164. Importanza attuale delle servitù apparenti . . » 1018
165. Differenza tra servitù apparenti e servitù continue » 1022
166. Costruzione del concetto dell'apparenza accanto a quello della continuità: testi romani . . . . . » 1024
Capo III. — Affermative e negative . . . . . » 1029
167. Struttura delle servitù negative . . . . . » *ivi*
168. Costruzione d'un quasi-possesso delle servitù . » 1031
169. Interpretazione dei testi romani . . . . . » 1035
170. Peculiarità dell'usucapione e del possesso di servitù negative . . . . . » 1043
TITOLO SECONDO. — **Servitù originate all'infuori del fatto dell'uomo.** Bibliografia . . . . . » 1048
Capo I. — Legali non convenzionali . . . . . » 1055
171. Storia del concetto di servitù legali . . . . » *ivi*
172. Differenza dei rapporti di vicinanza dalle servitù . » 1065
173. Avviamento al concetto moderno . . . . . » 1072
174. Distinzione tra servitù che derivano e servitù che non derivano dalla situazione dei luoghi . . . . » 1079
175. Regolamento generale dei beni . . . . . » 1086
176. Quasi-contratto di vicinanza . . . . . » 1093
Capo II. — Urbane e rustiche. Bibliografia . . . . . » 1095
177. La distinzione tra servitù urbane e servitù rustiche coordinata a quella tra *res mancipi* e *nec mancipi* . » *ivi*
178. Natura dell'*iter* e dell'*actus* e dell'*aquaeductus* . » 1101
179. Opinione dominante . . . . . » 1112
180. Opinione che per le urbane esige la presenza di un edificio . . . . . » 1115

Digitized by Google

181. Opinione basata sul *facere* e sull'*habere* . . . *Pag.* 1117
182. Criterio dell'utilità del fondo dominante . . . " 1119
183. Servitù urbane le incorporate nel fondo dominante " 1123
184. Criterio della continuità . . . . . " 1124
185. Demolizione dell'opinione dominante . . . " 1125
186. Concetto della situazione e critica di esso . . " 1128
187. Criterio desunto dal suolo e dalla superficie . . " 1134
188. Codice italiano e giurisprudenza . . . . . " 1141
189. Eliminazione di ostacoli per le servitù tipiche urbane romane . . . . . " 1147
190. E per le rustiche . . . . . " 1149

APPENDICE

Servitù irregolari e improprie. Bibliografia . . . . . *Pag.* 1153
191. Difficoltà per la costruzione della teoria delle servitù irregolari . . . . . " *ivi*
192. Critica della l. 14, § 3, Dig. 34, 1 . . . . . " 1155
193. Legislazione positiva attuale . . . . . " 1159
194. Delle servitù improprie e delle cosidette servitù militari in ispecie . . . . . " 1162

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google